

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

<b>Geleitwort</b>	Prof. Dr. Bernd Oppermann	<b>Geleitwort des Dekans</b>
<b>Aufsätze</b>	Marius Mesenbrink & Joris Wendorf	<b>Der Siegeszug der “kleinen Münze”?</b> Die Europäisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs und das Schicksal der Gestaltungshöhe
<b>Entscheidungen</b>	Paul Bonas	<b>Abschiebungsanordnung gegen Gefährder</b>
	Daniel Müller	<b>Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen</b>
	Moritz Stamme	<b>Schockschaden III</b>
<b>Studienpraxis &amp; Fallbearbeitung</b>	Finja Maasjost	<b>Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 17 Punkte</b>
	Tim Poplat	<b>Hausarbeit in Strafrecht II, 17 Punkte</b>
	Svenja Schierloh	<b>Klausur im Grundkurs Sachenrecht I, 17 Punkte</b>
<b>Varia</b>	Stefan Kaufhold	<b>Herausforderungen und Chancen der Online-Lehre</b>
	Patricia Meinking	<b>Kann Sport die Examensvorbereitung bereichern? Oder: Examensvorbereitung und zwölf Stunden am Schreibtisch - tatsächlich unzer trennlich?</b>

Seiten 198 bis 203

**Kurz & Knapp**  
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!

Heft 3/2020, Seiten 160 bis 236

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)



# Dein Karrierestart

Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.  
Bewirb Dich – [bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)

**KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg**

**Bitte wende Dich an:**

Thomas Stillahn  
Partner  
T +49 (0) 511.85404-63  
[bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

[www.ksb-intax.de](http://www.ksb-intax.de)

## VERLAG

Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

## DRUCK

Esf-Print ([esf-print.de](http://esf-print.de))  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2020, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2020, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Dr. Tim Brockmann  
Finja Maasjost

## REDAKTION

Schriftleitung  
Finja Maasjost  
Patricia Meinking  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Robin Dudda, Anna Engel, Patrick Glatz, Malte Gauger, Rocky Glaser, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt, Sina John, Jari Kohne, Simon Künnen, Felix Lücke, Lisa Mariß, Felicia Maas, Joshua Mensak, Daniel Müller, Yael Prantl, Anna Ordina, Eric Scheu, Laura Schlunk, Rim Talal, Moritz Stamme, Klara Stolz, Jonas Vonjahr, Celina Weddige, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## KONTAKT

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

## HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis, sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

**Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold,  
Dr. Sven Hasenstab,  
Dipl. Jur. Tyll Philipp Krömer,  
Dr. Manuel Ladiges,  
Prof. Dr. Stephan Meder,  
Ri'in Isabell Plich,  
Prof. Dr. Christian Wolf,  
Clifford Chance LLP,  
Prof. Dr. Bernd Oppermann,  
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und  
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

## Geleitwort des Dekans



Professor Dr. Bernd Oppermann ist Dekan der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und dort Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Zivil- und Handelsrecht.

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Studierende,

erneut habe ich das Vergnügen, ein Geleitwort zur aktuellen Ausgabe der *Hanover Law Review* beizutragen. Nun verhält es sich mit Vorreden wie mit Einführungen in das Recht oder in die Philosophie. Es bleibt meist dabei. Soll heißen, dass den schlichten oder gesalbten Worten dieses Genres, zu dessen Meistern ich nicht zähle, weder Recht noch Philosophie folgen. Man mag sich damit beruhigen, dass auch keiner mehr verlangt, geht es wohl vornehmlich darum, die Unterstützung des Projekts durch die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover zu versichern.

Zeitlich noch nicht lange zurück liegt mein Geleitwort zur ersten Auflage der *Hanover Law Review* 1/2018. Noch immer ist das Vorhaben der überwiegend studentischen Herausgeber als ambitioniert zu bezeichnen, steht es doch, wie seinerzeit erläutert, in der Tradition großer US-amerikanischer Law Reviews. Inzwischen können die Autoren<sup>1</sup> aber bereits auf eine ansehnliche Sammlung der quartalsmäßig erscheinenden Zeitschrift zurückblicken, worin eine beachtliche kollektive Leistung der Umsetzung und Konsolidierung des Projekts zu erkennen ist. Finanzielle Hilfe gab es in der Anfangsphase des Projekts unter anderem auch vonseiten der Juristischen Fakultät.

Nah und fern zugleich scheinen freilich jene goldenen Zeiten der Erstauflage der *Hannover Law Review*, als es noch menschlichen Unterricht an der Fakultät gab, Präsenzkonferenzen stattfanden, der europäische Bildungsraum und

Internationalität beschworen wurden.

Wegen des Unterrichts an unserer Fakultät ist festzustellen, dass er im gegenwärtigen Sommersemester in nahezu vollem Umfang online abgehalten wurde, nur eben früher als selbst die Apologeten der Digitalisierung sich dies erhofft hatten. Das kostete für alle Beteiligten zunächst zwar deutlich mehr Mühe als im Normalmodus, hat aber ganz gut funktioniert. Sogar viele Prüfungen an der Fakultät fanden online statt. Allen Dozentinnen und Dozenten ist dafür zu danken; hervorzuheben ist zugleich, dass auch die Fakultätsgeschäftsführung, Herr Mraz und Frau Wagner, großartige Arbeit vollbracht haben und einen weitgehend störungsfreien Ablauf dieser fundamentalen Umstellung gewährleisteten.

Derzeit und aller Voraussicht nach auch für das Wintersemester gibt es keine Alternative zum Online-Unterricht. Dennoch bleibt er ein von den Umständen erzwungenes Hilfsmittel. Parallel dazu werden wir im Rahmen des hygienebedingt Möglichen im Wintersemester wenigstens in einzelnen Segmenten versuchen, zum Präsenzunterricht zurückzukehren. Denn in der Sache mag Online-Unterricht - sei es nun synchron oder asynchron - den einen oder die andere begeistern. Gerade für den juristischen Unterricht aber scheinen mir erwünschte Indikatoren zukünftiger Juristinnen und Juristen wie Redegewandtheit, Diskussionsfreude, analytische Stärke des selbstständigen, kritischen Geistes sich eher nicht über die Chatfunktion von Onlineprogrammen erzielen zu lassen.

Selbst innovative, neue Nutzungsformen der digitalen Ins-

<sup>1</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt; nichtsdestoweniger beziehen sich jegliche Angaben auf Angehörige aller Geschlechter.

trumente faszinieren oft nur auf den ersten Blick. So haben wir es in einem internationalen Netzwerk mit der Onlineversion eines *Law Journals* mittels aufgezeichneter Redebeiträge versucht. Nun muss es aber immer noch genug Rezipienten geben, die nicht nur von der Idee begeistert sind, sondern sich sowas auch anhören wollen, sodass abzuwarten bleibt. Es fällt, um ein anderes Beispiel zu wählen, bei sonst gut besuchten internationalen Fachkonferenzen, welche nun das Online-Format wählen müssen, ebenfalls auf, dass die Teilnehmerzahl der Panels merklich zurückgegangen ist.

Umgekehrt, um nicht defätistisch sein zu wollen, gibt es auch positive Eindrücke der Online-Erfahrungen. Gremienkonferenzen und andere notwendige oder nützliche Zusammenkünfte scheinen mir recht gut zu funktionieren. Ich muss gestehen, dass ich die Form der Online-Gremienkonferenz sogar für einen echten Gewinn halte. Zunächst lässt sich die Verfügbarkeit der Gremienteilnehmer online offenbar besser herstellen. Auch scheint ein Teil der Redundanzen, die bei physischen Treffen zu verzeichnen sind, beim Online-Format zu verschwinden, ohne dass viel vermisst wird. Freilich gehen dabei die Feinheiten und Freuden der Kommunikation durch Reduktion der verfügbaren Ausdrucksmöglichkeiten und Bedeutungsebenen unter.

Schön ist es, dass die *Hanover Law Review* sich mit der Kennzeichnung Ihrer Vierteljahresschrift als *Law Review* auf besagte anglo-amerikanische Tradition beziehen und damit dem Projekt einen gewissen internationalen Anspruch geben kann. Leider habe ich spätestens im Rahmen der allfälligen Seuchenbekämpfungsmaßnahmen den Eindruck gewonnen, dass die Internationalität des Bildungsraums, deren Förderung ich viele Jahre meiner Tätigkeit gewidmet hatte, derzeit ziemlich auf der Strecke bleibt.

Eine auf den ersten Blick angesichts der modernen Medien anachronistische Behauptung; denn es ist heute viel leichter, über große Distanzen zu kommunizieren. Nun war die internationale Arbeit für Studium und Forschung, sofern man sie nicht nur als Monstranz vor sich herträgt, zwar wünschenswert, zugleich aber oft aufwändig, teuer und von gewissen Ineffizienzen geprägt. Und gar nicht zu reden von diesen leidigen Fremdsprachen, die ja auch noch zu lernen und geschmeidig zu halten sind. Um meiner lästerhaften Sentenz die Krone („corona“) aufzusetzen, scheint mir die gegenwärtige Pandemie solche unterschwelligen Widersprüche ungeschminkt, ja brutal an das Tageslicht zu bringen. Da braucht man gar nicht erst auf das Standesamt und den Schlachthof zu deuten.

Zum guten Ende freue ich mich, dass das Projekt der *Hanover Law Review* sich auch durch diese schwierigen Zeiten bringt. Die Fokussierung auf eine Vierteljahresschrift der Studierenden für die Fakultät verweist auf Studierfähigkeit der Akteurinnen und Akteure. Diese im Studium an sich vorausgesetzte Eigenschaft ist heute keine Selbstverständlichkeit mehr. Sie ist dennoch gleichermaßen sowohl für das Lernen im traditionellen als auch im virtuellen Raum erforderlich. Lassen Sie sich über die Schutzmasken und -maßnahmen hinweg auch nicht Ihre Leidenschaft nehmen, die Unruhe, die erforderlich ist, um die Zukunft anstatt zu erdulden gestalten zu wollen.



Bernd Oppermann

Dekan der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover

## AUFsätze

<b>Dipl. Jur. Marius Mesenbrink &amp; Dipl. Jur. Joris Wendorf, MLE</b>	Der Siegeszug der "kleinen Münze"? Die Europäisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs und das Schicksal der Gestaltungshöhe	Seiten <b>160 bis 167</b>
---	---	---------------------------

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Paul Bonas</b>	Abschiebungsanordnung für Gefährder - BVerwG 1 A 3.19	Seiten <b>168 bis 175</b>
<b>stud. iur. Daniel Müller</b>	Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen - BVerfG 2 BvR 1333/17	Seiten <b>176 bis 190</b>
<b>stud. iur. Moritz Stamme</b>	Schockschaden III -BGH VI ZR 299/17	Seiten <b>191 bis 197</b>

## KURZ &amp; KNAPP

<b>Chefredaktion</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 3/2020	Seiten <b>198 bis 199</b>
<b>Ri'in Isabell Plich</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 3/2020	Seiten <b>200 bis 201</b>
<b>Dipl. Jur. Tyll Phillip Krömer</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 3/2020	Seiten <b>202 bis 203</b>

## STUDIENPRAXIS

<b>stud. iur. Finja Maasjost</b>	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 17 Punkte	Seiten <b>206 bis 212</b>
<b>stud. iur. Tim Poplat</b>	Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht II, 17 Punkte	Seiten <b>213 bis 226</b>
<b>stud. iur. Svenja Schierloh</b>	Klausur im Grundkurs Sachenrecht I, 17 Punkte	Seiten <b>227 bis 231</b>

## VARIA

<b>stud. iur. Stefan Kaufhold</b>	Herausforderungen und Chancen der Online-Lehre	Seiten <b>232 bis 234</b>
<b>stud. iur. Patricia Meinking</b>	Kann Sport die Examensvorbereitung bereichern? Oder: Examensvorbereitung und zwölf Stunden am Schreib- tisch - tatsächlich unzertrennlich?	Seiten <b>235 bis 236</b>

Vereinsmitglied  
werden?  
Letzte Seite im Heft!

## Der Siegeszug der “kleinen Münze”?

### Die Europäisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs und das Schicksal der Gestaltungshöhe

Dipl. Jur. Marius Mesenbrink und Dipl. Jur. Joris Wendorf, MLE

Die Autoren sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht von Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge) an der Leibniz Universität Hannover..

Das Urheberrecht zeichnet sich durch eine Vielzahl verschiedener Rechtsquellen aus, was einerseits eine besonders reizvolle Dynamik mit sich bringt, andererseits jedoch zumindest anfänglich auch den Zugang erschweren kann: Neben dem nationalen Recht, vorwiegend dem UrhG, sind die wichtigsten Rechtsquellen des Urheberrechts im Völker- und mit zunehmender Tendenz im Unionsrecht zu verorten.<sup>1</sup> Die einschlägigen europäischen Rechtsakte sehen jedoch keine expliziten Regelungen vor, mit denen konkrete Schutzvoraussetzungen des urheberrechtlichen Werkbegriffs als „Tor zum Urheberrecht“<sup>2</sup> für alle Werkarten vorgegeben werden und auch das Völkerrecht bietet keine einheitlichen Schutzkriterien.<sup>3</sup>

Nachdem der Werkbegriff auch durch die Rechtsprechung des EuGH zunächst unberührt blieb,<sup>4</sup> begann dieser spätestens im Jahre 2009<sup>5</sup> den ursprünglich nationalstaatlich geprägten Werkbegriff rechtsfortbildend zu harmonisieren.<sup>6</sup> Dieser Prozess hat zehn Jahre später im Jahr 2019 mit gleich mehreren Entscheidungen seinen einstweiligen Höhepunkt gefunden: Der EuGH vertritt (nunmehr) einen einheitlichen europäischen Werkbegriff für grundsätzlich alle Werkarten.<sup>7</sup> Vor dem Hintergrund der Harmonisierungstendenzen des EuGH wird bzw. wurde vorgebracht, dass das deutsche Urheberrecht zwei verschiedene Werkbegriffe mit unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen

kenne: Dies ist einerseits die „klassische“ persönlich geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) und andererseits die unionsrechtlich geprägte eigene geistige Schöpfung.<sup>8</sup>

Mit Blick auf die jüngste Rechtsprechungsentwicklung wird daher folgend zunächst der europäische Werkbegriff nachgezeichnet, bevor auf dessen Bedeutung für den (deutsch-)nationalstaatlichen Werkbegriff eingegangen und gezeigt wird, dass diese sich fortlaufend annähern und die tradierten deutschen Anforderungen mit denen des europäischen Werkbegriffs inhaltlich in weiten Teilen miteinander vereinbar sind.<sup>9</sup>

#### A. Der europäische Werkbegriff

Den ersten Anknüpfungspunkt für die Herausbildung des europäischen Werkbegriffs bietet das europäische Sekundärrecht. Darauf aufbauend werden kurz Kompetenzfragen des EuGH für dessen (Fort-)Entwicklung betrachtet, bevor eine kurze Herleitung sowie Erklärung der Voraussetzungen des europäischen Werkbegriffes unter Konturierung des Schutzgegenstandes erfolgt.

#### I. Anknüpfungspunkte im europäischen Sekundärrecht für eine europäische Harmonisierung

Trotz des Fehlens konkreter Bestimmungen für die Schutzvoraussetzungen ist eine Definition des Werks für bestimm-

<sup>1</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 2; s. a. Reinbothe, Die Rolle der Europäischen Union in den internationalen Abkommen zum Schutz des Urheberrechts, in: Calliess, Herausforderungen an Staat und Verfassung – Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte – Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, 2015, 304 zur Stellung und dem Wirken der EU im „internationale[n] Urheberrecht“ (304).

<sup>2</sup> Erdmann, Die Relativität des Werkbegriffs, in: Erdmann et al., Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, 2010, 61 (61).

<sup>3</sup> S. dazu die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst: Nicht Schutzvoraussetzung darf sein: Die Staatsbürgerschaft (Art. 5 Abs. 1) oder Förmlichkeiten (Art. 5 Abs. 2). Zumindest bei Sammlungen muss es sich um geistige Schöpfungen handeln (Art. 2 Abs. 5); bindend in der EU auch in Ermangelung des Beitritts zur RBÜ nach Art. 1 Abs. 4 WIPO-Urheberrechtsvertrag (EuGH, Urt. v. 09.02.2012, Rs. C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 – Luksan, Rn. 59). Für eine Übersicht der Verträge im Bereich des Völkerrechts sowie die Auswirkung auf das nationale Recht s. Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 945ff.

<sup>4</sup> Vgl. Handig, Was ist eine „eigene geistige Schöpfung des Urhebers“? – Der auslegungsbedürftige Werkbegriff des europäischen Urheberrechts, UFITA 2009/I, 55 (55) beschränkt auf Vorabentscheidungsverfahren.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 – Infopaq, Rn. 26.

<sup>6</sup> Schulze, Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? – Anmerkung zu EuGH „Infopaq/DDF“, GRUR 2009, 1019 (1019).

<sup>7</sup> Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 14; Loewenheim/Leistner in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 5; Schack (Fn. 1), Rn. 182a.

<sup>8</sup> Offenlassend jüngst OLG München ZUM-RD 2020, 140 (141) – Früher war mehr Lametta: „Inwieweit [...] an der Auffassung festgehalten werden kann, dass für die in § 2 Abs. 1 UrhG aufgeführten Kategorien die Werkqualität nach unterschiedlichen Kriterien zu beurteilen ist, bedarf keiner Entscheidung“; Schulze in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 23.

<sup>9</sup> Seifert/Wirth in: Eichelberger/Wirth/Seifert, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3.

te Werkarten im europäischen Sekundärrecht vorgegeben. Zunächst ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 RL 2009/24/EG<sup>10</sup>, dass Computerprogramme Schutz beanspruchen können, „wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“. Ebenso werden Datenbanken geschützt, wenn sie „aufgrund der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers darstellen“ (Art. 3 Abs. 1 RL 96/9/EG<sup>11</sup>). Schließlich postuliert Art. 6 RL 2006/116/EG<sup>12</sup> die Voraussetzungen zum Schutz von Fotografien. Sie müssen „individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.“ Ferner ist all diesen Werkarten gemeinsam, dass bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit kein Raum für weitere, insbesondere für qualitative oder ästhetische, Kriterien besteht.<sup>13</sup>

## II. Weitergehende Kompetenz des EuGH zur Harmonisierung?

Im Anwendungsbereich dieser drei harmonisierenden Richtlinien bemisst sich die Schutzfähigkeit des in Rede stehenden Gegenstandes also nur danach, ob eine *eigene geistige Schöpfung* vorliegt. Umstritten ist, ob der EuGH auch darüber hinaus einen allgemeinen, richtlinienübergreifenden europäischen Werkbegriff formulieren durfte. So wird die Frage nach einem harmonisierten Werkbegriff nicht nur im urheberrechtlichen Kontext, sondern auch als „Lehrstück zum Europarecht“<sup>14</sup> relevant. So wird bereits

angeführt, dass der EuGH keine Kompetenz zur Schaffung eines einheitlichen Begriffes habe, da das Wort „Werk“ nur am Rande der RL 2001/29/EG erwähnt wird.<sup>15</sup> Ansonsten würde jeder Sekundärrechtsakt eine Vollharmonisierung durch den EuGH erlauben.<sup>16</sup> Auch würde eines der Grundprinzipien der EU, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV,<sup>17</sup> umgekehrt, wenn der EuGH, wie in *Infopaq*, aus der Feststellung, dass in der RL 2001/29/EG nicht explizit auf das mitgliedstaatliche Recht verwiesen wird, seine Kompetenz herleitet.<sup>18</sup> Schließlich wird auch darauf verwiesen, dass der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten die Bewertung des Vorliegens einer eigenen geistigen Schöpfung übertragen, also keinen allgemeinen Werkbegriff vorgegeben habe.<sup>19</sup>

Dagegen ist anzuführen, dass durch die betreffenden Urteile des EuGH bereits weitgehende Kriterien zur Bestimmung des Vorliegens der Merkmale des europäischen Werkbegriffes mit „auf den Weg gegeben“ werden.<sup>20</sup> Ferner sprechen für eine vollständige Harmonisierung auch wichtige teleologische Erwägungen. Die Rechtsvereinheitlichung, die mit der RL 2001/29/EG angestrebt wird, hat das Ziel, den Binnenmarkt zu fördern.<sup>21</sup> Der Binnenmarkt kann aber nur gefördert werden, wenn „das Tor zum Urheberrecht“<sup>22</sup> innerhalb der Union dem gleichen Verständnis unterliegt.<sup>23</sup> Die Harmonisierungsbemühungen, besonders im Bereich der Verwertungsrechte, würden sonst ins Leere laufen; eine einheitliche Anwendung der Verwertungs-

<sup>10</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

<sup>11</sup> Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

<sup>12</sup> Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte.

<sup>13</sup> Erwägungsgrund 8 und Art. 1 Abs. 3 S. 2 RL 2009/24/EG, Erwägungsgrund 16 und Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL 96/9/EG und Erwägungsgrund 16 sowie Art. 6 S. 2 RL 2006/116/EG.

<sup>14</sup> Diese Formulierung geht auf *Tomuschat*, Das *Francovich*-Urteil des EuGH – Ein Lehrstück zum Europarecht, in: *Due/Lutter/Schwarze*, Festschrift für Ulrich Everling, 1995, 1585 zurück und bezog sich auf das *Francovich*-Urteil (EuGH, Urt. v. 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Francovich*).

<sup>15</sup> *Schack*, Anmerkung zum Urteil *Levola Hengelo*, GRUR 2019, 73 (75).

<sup>16</sup> Ebd.

<sup>17</sup> Hiernach hat die EU nur die Kompetenzen, die ihr explizit zugewiesen werden. S. dazu *Bickenbach*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, 523 (526f.).

<sup>18</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Diese stellt die allgemeinere Richtlinie zu den bereits genannten Richtlinien dar (vgl. EuGH, Urt. v. 23.01.2014, Rs. C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 23); *Schack* (Fn. 15), GRUR 2019, 73 (75); *Handig*, Was erfordert „die Einheit und die Kohärenz des Unionsrechts“? – das urheberrechtliche Nachspiel der EuGH-Entscheidung *Football Association Premier League*, GRUR Int. 2012, 9 (10) spricht von einer „außergewöhnlichen Sprengkraft“ dieser Auslegungskompetenz.

<sup>19</sup> BGH GRUR 2014, 175 (177f. Rn. 31) – *Geburtstagszug*; *Ahlberg*, Das Urheberrecht und seine verwandten Schutzrechte in Deutschland und in der EU, ZUM 2015, 538 (542f.); *Schack*, Anmerkung zum Urteil *Geburtstagszug*, JZ 2014, 207; *Ungern-Sternberg*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), GRUR 2010, 273 (273).

<sup>20</sup> *Leistner*, Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht – Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe, GRUR 2014, 1145 (1146). Exemplarisch sind hier die Ausführungen aus der Entscheidung *Painer* anzuführen (EuGH, Urt. v. 01.12.2011, Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 – *Painer*, Rn. 90f.): „Bei der Herstellung einer Porträtfotografie kann der Urheber auf mehrfache Weise und zu unterschiedlichen Zeitpunkten frei kreative Entscheidungen treffen. In der Vorbereitungsphase kann der Urheber über die Gestaltung, die Haltung der zu fotografierenden Person oder die Beleuchtung entscheiden. Bei der Aufnahme des Porträts kann er den Bildausschnitt, den Blickwinkel oder auch die Atmosphäre wählen. Schließlich kann er bei der Herstellung des Abzugs unter den verschiedenen bestehenden Entwicklungstechniken diejenigen wählen, die er einsetzen möchte, oder gegebenenfalls Software verwenden.“

<sup>21</sup> Erwägungsgründe 2, 3 RL 2001/29/EG.

<sup>22</sup> *Erdmann*, in: FS Loschelder (Fn. 2), 61 (61).

<sup>23</sup> *Berger*, Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung, ZUM 2012, 353 (355).

rechte ist ohne einheitlichen Schutzgegenstand schwerlich möglich.<sup>24</sup> Dies entspricht auch gerade dem Effektivitätsgrundsatz des Europarechts,<sup>25</sup> sodass bisweilen von einer Kompetenz des EuGH ausgegangen wird, von der dieser auch Gebrauch gemacht hat.<sup>26</sup>

### III. Herleitung eines allgemeinen europäischen Werkbegriffs

#### 1. Erstes Kriterium – Die eigene geistige Schöpfung

In der Entscheidung *Infopaq* hatte sich das Gericht mit der Frage zu befassen, ob das Speichern und Ausdrucken elf aufeinander folgender Worte das Vervielfältigungsrecht des Urhebers aus Art. 2 RL 2001/29/EG verletzen kann.<sup>27</sup> Dieser Artikel sagt aus, dass der Urheber das Recht hat, die Vervielfältigung seiner Werke zu untersagen. Hieraus schließt der EuGH mit Verweis auf die Relevanz einer einheitlichen Anwendung innerhalb der Union, dass es sich bei dem Begriff „Werk“ um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handele.<sup>28</sup> Sodann verweist er auf die genannten harmonisierten Werkarten<sup>29</sup> und folgert, dass RL 2001/29/EG als harmonisierende Rahmenrichtlinie auf den gleichen Prinzipien wie diese Richtlinien basiere.<sup>30</sup> Demnach könne etwas nur urheberrechtlichen Schutz beanspruchen, wenn es sich um „ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt“.<sup>31</sup>

#### 2. Schutzgegenstand des europäischen Werkbegriffs

Der Werkbegriff in *Infopaq* wurde also aus einer Gesamtschau von RBÜ<sup>32</sup> und harmonisierten Werkarten als Grundsatz entwickelt und in späteren Entscheidungen auf

weitere andere Werkarten angewandt.<sup>33</sup> Der europäische Werkbegriff ist somit offen und nicht auf bestimmte Arten von Werken beschränkt.<sup>34</sup> Auch findet in den entsprechenden Urteilen in keiner Form eine Kategorisierung nach Werkarten o.Ä. statt.<sup>35</sup> Im Urheberrecht der Europäischen Union wird nicht die Idee, ein bestimmtes Verfahren oder eine Arbeitsweise, sondern nur der konkrete Ausdruck einer eigenen geistigen Schöpfung geschützt.<sup>36</sup> Werkteile können auch geschützt werden, wenn sie wiederum eine eigene geistige Schöpfung darstellen.<sup>37</sup>

#### 3. Präzisierung des Merkmals der persönlich geistigen Schöpfung

Der Begriff der eigenen geistigen Schöpfung ist jedoch weiter konkretisierungsbedürftig, da daraus nicht ersichtlich ist, welcher Maßstab bei der Bewertung anzulegen ist.<sup>38</sup>

In der Entscheidung *Painer* hatte der EuGH die Schutzzfähigkeit von Porträtfotografien zu beurteilen.<sup>39</sup> Hier wurde deutlich gemacht, dass eine eigene geistige Schöpfung vorliegt, wenn die Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, was wiederum der Fall sei, wenn der Urheber durch „frei[e] kreative Entscheidungen“ seine Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte.<sup>40</sup> Dies ist als erste Konkretisierung des Begriffs der „eigenen geistigen Schöpfung“ zu sehen.<sup>41</sup>

Bei der Betrachtung dieser Merkmale ist jedoch nicht auf ästhetische Erwägungen abzustellen, da der EuGH den Werkbegriff aus den harmonisierten Richtlinien mit ihren Schutzvoraussetzungen entwickelt hat.<sup>42</sup> Es ist lediglich zu betrachten, ob der Urheber entsprechende Entschei-

<sup>24</sup> A. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 7a; Metzger, Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, GRUR 2012, 118 (121, 126).

<sup>25</sup> Leistner, Der europäische Werkbegriff, ZGE 2013, 4 (8).

<sup>26</sup> Die darunterliegende komplexe und europarechtliche Frage, wie weit der EuGH ggf. auch gegen den Willen der Mitgliedsstaaten zur Harmonisierung in der Lage ist, bleibt im vorliegenden Text außer Acht.

<sup>27</sup> EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 26.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 27f.; Urt. v. 13.11.2018, Rs. C-310/17, ECLI:EU:C:2019:721 – *Levola Hengelo*, Rn. 33; Urt. v. 12.09.2019, Rs. C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 – *Cofemel*, Rn. 29; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14. Zum autonomen Begriff des Unionsrechts Schroeder, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, 180 (185).

<sup>29</sup> S. dazu A. I.

<sup>30</sup> EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 35f.

<sup>31</sup> EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 37; Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 – *Bepečnostní softwarová asociace*, Rn. 45; Urt. v. 04.10.2011, Rs. C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *Football Association Premier League*, Rn. 159; EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 36; EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 29.

<sup>32</sup> Dazu Fn. 3 und die dort genannten Quellen.

<sup>33</sup> Heinze, Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts, JIPITEC 2011, 97 (Rn. 26); Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (11).

<sup>34</sup> Heinze (Fn. 33), JIPITEC 2011, 97 (Rn. 26); Leistner (Fn. 20), GRUR 2014, 1145.

<sup>35</sup> Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (11)

<sup>36</sup> EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 39; Urt. v. 02.05.2012, Rs. C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 – *SAS Institute*, Rn. 39.

<sup>37</sup> EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 38f.

<sup>38</sup> Vgl. Metzger (Fn. 24), GRUR 2012, 118 (122), der hier exemplarisch auf die englische „Skill-and-Labour“-Lehre verweist.

<sup>39</sup> EuGH – *Painer* (Fn. 20), Rn. 85ff.

<sup>40</sup> EuGH – *Painer* (Fn. 20), Rn. 88f., 94; in diesem Fall reiht der EuGH in Rn. 91 Möglichkeiten, bei Porträtfotografien freie kreative Entscheidungen zu treffen, auf (z.B. Bildausschnitt, Blickwinkel).

<sup>41</sup> Dreyer in: Dreyer et al., Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 8; Metzger (Fn. 24), GRUR 2012, 118 (121).

<sup>42</sup> EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 35; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14; A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 32.

dungen getroffen hat.<sup>43</sup> Solche sind nicht möglich, wenn Ausdrucksformen auf technischen Erwägungen oder Regeln und Zwängen basieren und in diesem Fall „Idee und Ausdruck zusammenfallen“ und es keinen schöpferischen Freiraum gibt.<sup>44</sup>

Da sich die Entscheidung *Painer* jedoch mit einer Fotografie, also einem Gegenstand der spezielleren RL 2006/116/EG, befasst, stellt sich die Frage, ob das Gesagte für alle Werkarten gilt. Dafür wird angeführt, dass diese Anpassung mit Bezug zur Rechtsprechung in *Infopaq* erfolge.<sup>45</sup> Entscheidend spricht für eine Erstreckung auf alle Werkarten, dass der EuGH in *Cofemel*, wo es sich um ein Werk der angewandten Kunst und somit einen Gegenstand, der nach der RL 2001/29/EG zu betrachten ist, handelte, ebenfalls mit Verweis auf *Painer* fordert, dass die Persönlichkeit des Urhebers durch zum Ausdruck bringen freier kreativer Entscheidungen wiedergespiegelt werden müsse.<sup>46</sup>

#### 4. Zweites Merkmal – Ausdruck der geistigen Schöpfung

Als zweites Merkmal des europäischen Werkbegriffes muss die geistige Schöpfung auch zum Ausdruck gebracht werden.<sup>47</sup> Mithilfe einer völkerrechtlichen Betrachtung (hier Art. 2 Abs. 1 RBÜ und Art. 9 Abs. 2 TRIPS<sup>48</sup>), wonach sich der urheberrechtliche Schutz auf die konkrete Ausdrucksform bezieht, wird dieses Merkmal konkretisiert.<sup>49</sup> Der in Rede stehende Gegenstand muss hinreichend genau und objektiv bestimmbar,<sup>50</sup> jedoch nicht zwingend dauerhaft sein.<sup>51</sup>

#### 5. Zusammenfassung und Grenzen des europäischen Werkbegriffes

Zusammenfassend ist im Unionsrecht ein urheberrechtlicher Schutz jedenfalls dann geboten, wenn zwei kumulati-

ve Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss ein Original in Form einer eigenen geistigen Schöpfung vorliegen, also die Persönlichkeit des Autors durch freie und kreative Entscheidungen ausgedrückt worden sein.<sup>52</sup> Zweitens muss diese eigene geistige Schöpfung auch zum Ausdruck gebracht worden sein, also in einem hinreichend genau und objektiv bestimmbar, wenn auch nicht notwendigerweise dauerhaften, Schutzgegenstand verkörpert sein.<sup>53</sup>

Dieser (europäische) Werkbegriff ist jedoch (noch) nicht „komplett“ (aus-)entwickelt, sondern in einigen Bereichen isoliert betrachtet weiterhin unzulänglich.<sup>54</sup> Dies betrifft Kriterien des Werkbegriffes, die noch nicht vom EuGH, auch nicht indirekt unter anderem Titel, adressiert worden, aber gleichzeitig Teil der mitgliedstaatlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Werkes sind.<sup>55</sup> (Auch) vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die deutschen Voraussetzungen des Werkbegriffes herausgearbeitet und zu den Vorgaben durch den europäischen Werkbegriff in Bezug gesetzt.

#### B. Der deutsche Werkbegriff im Lichte der europäischen Harmonisierung

Nach § 1 UrhG genießen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst urheberrechtlichen Schutz, für die in § 2 Abs. 1 UrhG beispielhaft darunter fallende konkrete Werkarten aufgezählt sind.<sup>56</sup> Anhand des hier vorgegebenen Kataloges zeigt sich bereits, dass auch der deutsche Werkbegriff offen ausgestaltet ist.<sup>57</sup> Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit sowohl der enumerativ genannten als auch neuer Werkarten richtet sich danach, ob die materiellen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt sind,<sup>58</sup> es sich also um Werke handelt. Die hier implementierte Definition

<sup>43</sup> Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14

<sup>44</sup> EuGH – *Bezpečnostní softwarová asociace* (Fn. 31), Rn. 49f.; EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 31; Urt. v. 01.03.2012, Rs. C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115 – *Football Dataco*, Rn. 39. Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Dokument lediglich informiert und einem festen Schema (z.B. militärischer Lageplan) folgt, da dann das Dokument durch seine Funktion gekennzeichnet ist (EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-469/17 – *Funke Medien NRW*, Rn. 24).

<sup>45</sup> Metzger (Fn. 24), GRUR 2012, 118 (121).

<sup>46</sup> EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 30.

<sup>47</sup> EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 51; EuGH – *Football Association Premier League* (Fn. 31), Rn. 159. Explizit als zweites Kriterium bezeichnet in: EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 37 und EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 29.

<sup>48</sup> Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums.

<sup>49</sup> EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 39.

<sup>50</sup> Ebd., Rn. 40; EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 32. Dies ist z.B. bei Geschmacksempfindungen nicht der Fall, EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 42.

<sup>51</sup> EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 40.

<sup>52</sup> Grünberger, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2019, ZUM 2020, 175 (178); Leistner in: Schricker/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 5 und siehe oben.

<sup>53</sup> Leistner in: Schricker/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 5.

<sup>54</sup> Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4, 25; ders. in: Schricker/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 19; van Eechoud, Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work, JIPITEC 2012, 60, Rn. 79.

<sup>55</sup> Leistner (Fn. 25) ZGE 2013, 4, 25f.; ders. in: Schricker/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 19, 21. Dieser führt diese „Lückenhaftigkeit des europäischen Werkbegriffes“ darauf zurück, dass diese Voraussetzungen selten problematisch sind und es daher auch nicht zu entsprechenden Vorlagen beim, EuGH kommt.

<sup>56</sup> Wandtke, Urheberrecht, 7. Aufl. 2019, Kap. 2 § 1 Rn. 7

<sup>57</sup> Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (12); Loewenheim/Leistner in: Schricker/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 5.

<sup>58</sup> Wandtke (Fn. 56), UrhR, Kap. 2 § 1 Rn. 7.

von Werken als „persönliche geistige Schöpfungen“ kann jedoch ihrerseits für sich genommen kaum mehr als eine grobe Orientierungshilfe geben.<sup>59</sup>

Ungeachtet divergierender Terminologien, Akzentuierungen und Systematisierungen wird jedoch üblicherweise angenommen, dass vier Elemente eine persönlich geistige Schöpfung konstituieren: Es muss sich um eine persönliche Schöpfung mit geistigem Gehalt, konkreter Formgestaltung und hinreichender Individualität handeln.<sup>60</sup> Wenn gleich zwischen diesen eine Wechselwirkung besteht und sich daher eine ausschließlich isolierte Betrachtungsweise verbietet,<sup>61</sup> ist der so „konstruierte“ Werkbegriff operabel.

### I. Persönliche Schöpfung

Mit dem Kriterium der persönlichen Schöpfung werden all jene Erzeugnisse vom Werkschutz ausgenommen, die keine Schöpfung einer natürlichen Person sind.<sup>62</sup> Rein tierische<sup>63</sup> und maschinelle<sup>64</sup> Erzeugnisse können daher dem deutschen Werkbegriff nicht unterfallen.<sup>65</sup> Dies kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass im Sinne der Präsentationslehre<sup>66</sup> vorgefundene Objekte präsentiert und somit als schutzfähig „erkoren“ werden.<sup>67</sup> Freilich ergibt sich ein anderes Ergebnis, soweit sich der nicht-menschliche Einfluss auf den Schöpfungsakt als Hilfsmiteileinsatz darstellt.<sup>68</sup> Der Schöpfungsakt muss dennoch jedenfalls einem Menschen zuzuordnen sein.<sup>69</sup>

Zumindest indirekt wird sich dieser Befund auch mit dem

europäischen Werkbegriff vereinbaren lassen. Immerhin setzen freie kreative Entscheidungen, mit denen der Persönlichkeit des Urhebers Ausdruck verliehen werden kann,<sup>70</sup> denklogisch eine Entität mit Persönlichkeit, mithin (bisweilen) einen Menschen, voraus. Die Anerkennung einer nicht an natürliche Personen geknüpfte Urheberschaft dürfte sich ferner auch (regelmäßig) vor dem Hintergrund einer völkerrechtskonformen Auslegung verbieten.<sup>71</sup>

### II. Geistiger Gehalt

Damit Erzeugnisse einen geistigen Gehalt aufweisen, ist eine über die bloßen Eigenschaften hinausgehende Wirkung erforderlich.<sup>72</sup> Ein menschlicher Geist muss in diesem Ausdruck finden.<sup>73</sup> Dies kann beispielsweise durch einen geistig-ästhetischen Gehalt, also einer „den Schönheits-sinn ansprechenden Bedeutung“<sup>74</sup> oder einem nach außen erkennbar gemachten (sprachlichen) Gedankenausdruck<sup>75</sup> erfüllt sein. Die mit dem Erzeugnis umgesetzte „Gedankenformung und -führung (...) oder [die besonders geistvolle] Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung“ von Inhalten genügt jedoch auch.<sup>76</sup> Jedenfalls muss der geistige Gehalt dem Erzeugnis selber innewohnen.<sup>77</sup>

Die Rolle des Kriteriums des geistigen Gehaltes kann auch als solche eines dem Kriterium der Individualität vorgelagerten Filters verstanden werden,<sup>78</sup> da ein geistiger Gehalt des Werkes notwendige Bedingung für deren Vorliegen ist.<sup>79</sup> Dies könnte erklären, dass auf die (isolierte) Voraussetzung eines geistigen Gehaltes teilweise auch verzich-

<sup>59</sup> Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 180: Die Definition ist „reichlich verschwommen, lässt aber zumindest einige Elemente des Werkbegriffs erkennen.“

<sup>60</sup> Wandtke (Fn. 56), UrhR, Kap. 2 § 1 Rn. 1; s. auch Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 180, der die Möglichkeit betont, das Kriterium der persönlichen Schöpfung, des geistigen Gehalts und der konkreten Formgestaltung unter der individuellen Formgestaltung zusammenzufassen.

<sup>61</sup> Schulze in: Dreier/Schulze (Fn. 8), § 2 Rn. 7.

<sup>62</sup> LG Berlin GRUR 1990, 270 (270, 1. Ls.) – Satellitenfoto; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 15; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 183; Seifert/Wirth in: Eichelberger et al. (Fn. 9), § 2 Rn. 3.

<sup>63</sup> Vgl. LG München I UFITA 1969, 320 (323); s. a. König/Beck, Die immaterialgüterrechtliche Schutzfähigkeit von »Affen-Selfies«, ZUM 2016, 34.

<sup>64</sup> Lauber-Rönsberg, Autonome „Schöpfung“ – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, 244 (245); Ory/Sorge, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710 (711).

<sup>65</sup> Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 26f.; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7) § 2 Rn. 38; Wandtke (Fn. 56), UrhR, Kap. 2 § 1 Rn. 1.

<sup>66</sup> Dazu Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, S. 75f., 80; ders., Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht, in: Brügger, Homo Creator – Festschrift für Alois Troller, 89 (95ff.).

<sup>67</sup> Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 15; Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 24f.

<sup>68</sup> Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 28.

<sup>69</sup> Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 15.

<sup>70</sup> S. oben A III 3.

<sup>71</sup> Dazu Dietz, Der Begriff des Urhebers im Recht der Berner Konvention, in: Leser/Isomura, Wege zum japanischen Recht – Festschrift für Zantaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, 1992, 851; Ginsburg, People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention, IIC 2018, 131; s. a. Fn. 1, 3 zur völkerrechtlichen Bindung der EU an die RBÜ.

<sup>72</sup> Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 45; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 185; Schrickler, Urheberrechtsschutz für Spiele, GRUR Int. 2008, 200 (202).

<sup>73</sup> Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 45; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 185.

<sup>74</sup> BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkasso Programm.

<sup>75</sup> BGH GRUR 1963, 633 (634) – Rechenschieber.

<sup>76</sup> BGH GRUR 1999, 923 (924) – Tele-Info-CD; BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkasso Programm.

<sup>77</sup> BGH GRUR 1963, 633 (634) – Rechenschieber; Bisges, Die kleine Münze im Urheberrecht, 2014, S. 27 m.w.N.

<sup>78</sup> Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 46.

<sup>79</sup> A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 25.

tet<sup>80</sup> und der geistige Gehalt im Rahmen der Individualität verhandelt wird.<sup>81</sup> Unabhängig von der Frage, ob dem Kriterium des geistigen Gehalts dennoch ein eigenständiger Abgrenzungscharakter innewohnt,<sup>82</sup> dürfte jedoch auch diese Schutzvoraussetzung mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar sein: Wo keinerlei Gestaltungsspielraum besteht, kann der Aussagegehalt nicht über das „sinnlich wahrnehmbare Substrat“ hinausgehen und sich kein menschlicher Geist manifestieren.<sup>83</sup>

### III. Konkrete Formgestaltung

Schutzfähig sind nach der Rechtsprechung des BGH „nicht alle Ergebnisse individueller geistiger Tätigkeit“, sondern nur „das Ergebnis der schöpferischen Formung eines bestimmten Stoffs“,<sup>84</sup> also eines Gedankeninhalts, „der durch die Festlegung in eine bestimmte Form in konkrete Erscheinung getreten ist.“<sup>85</sup> Erfasst sein können nur mit den Sinnen Dritter wenigstens vorübergehend und auch bloß mittelbar etwa unter Verwendung technischer Hilfsmittel wahrnehmbare,<sup>86</sup> nicht notwendigerweise körperliche Schöpfungen,<sup>87</sup> da die nicht offenbarte geistige Leistung keines urheberrechtlichen Schutzes bedarf.<sup>88</sup> Ein Werk muss von seinem Schöpfer also aus dessen geistig-intellektueller Sphäre in die Außenwelt entlassen worden sein. Eine „abstrakte Idee“ oder die „abstrakten Eigenschaften eines Werks“ sind vom urheberrechtlichen Schutz jedoch nicht erfasst.<sup>89</sup> Hiervon scheint auch der EuGH auszugehen, indem eine genaue und objektiv identifizierbare Ausdrucks-

form gefordert wird<sup>90</sup> und ebenfalls keine Ideen schutzfähig sind.<sup>91</sup>

### IV. Individualität und Gestaltungshöhe

Hinter dem Begriff der Individualität verbirgt sich das „zentrale Kriterium“<sup>92</sup> bzw. der „Kern des Werkbegriffs“<sup>93</sup>. Ungeachtet terminologischer Unterschiede wird verlangt, dass eine Verbindung zwischen Werk und Urheber besteht,<sup>94</sup> die dieses als sein persönliches Schaffensergebnis mit „individueller Ausdruckskraft“ darstellt.<sup>95</sup> Der Geist des Urhebers muss also im Werk derart Niederschlag finden,<sup>96</sup> dass es sich bei diesem um „eine Schöpfung [mit] individueller Prägung“ handelt.<sup>97</sup> Wenngleich statistische Einmaligkeit<sup>98</sup> regelmäßig einen hinreichenden Niederschlag der Schöpferpersönlichkeit indizieren dürfte,<sup>99</sup> ist für die Erfüllung der Werkqualität weder absolute Neuheit erforderlich,<sup>100</sup> noch muss die Wahrscheinlichkeit der Schöpfung durch eine andere Person übermäßig gering sein.<sup>101</sup> Auch muss das Werk nicht den sinnbildlichen „Stempel der Persönlichkeit“ seines Urhebers tragen.<sup>102</sup>

Damit sich die Persönlichkeit des Schöpfers in seinem Werk niederschlagen kann, muss jedoch jedenfalls (ausreichender) Gestaltungsspielraum vorgelegen haben.<sup>103</sup> Dies entspricht auch und gerade der Rechtsprechung des EuGH, wenn dieser verlangt, dass der Urheber durch freie und kreative Entscheidungen seine Persönlichkeit zum Ausdruck bringen müsse und betont, dass dafür Gestal-

<sup>80</sup> König, Der Werkbegriff in Europa, 2015, S. 263 Fn. 23 mit Verweis auf Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 15ff.; s. auch Wandtke, UrhR (Fn. 56), Kap. 2 § 1 Rn. 1, der das Kriterium der persönlichen Schöpfung umreißt und anschließend die der Formgebung und Individualität als „nur“ entscheidende Elemente hervorhebt.

<sup>81</sup> A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 25; so wohl auch Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 21: Das Werk „besitzt einen geistigen Gehalt.“

<sup>82</sup> S. Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 63 m.w.N. für Leistungen ohne geistigen Gehalt.

<sup>83</sup> Ausführlich dazu Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (19ff.); Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7) § 2 Rn. 54.

<sup>84</sup> BGH GRUR 2003, 876 (878) – Sendeformat.

<sup>85</sup> BGH GRUR 1953, 497 (498).

<sup>86</sup> Vgl. bereits BGH GRUR 1962, 470 (472) – AKI zum LUG.

<sup>87</sup> BGH GRUR 1985, 1041 (1046) – Inkasso Programm; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 47f.; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 187f.; Schulze in: Dreier/Schulze (Fn. 8), § 2 Rn. 13.

<sup>88</sup> König (Fn. 80), S. 264f.; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 47.

<sup>89</sup> BGH Urt. v. 21.01.1977, Az. 1 ZR 68/75, GRUR 1977, 547 (550) – Kettenkerze.

<sup>90</sup> Grünberger (Fn. 52), ZUM 2020, 175 (178); Hofmann, Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zum europäischen Urheberrecht von Mai 2018 bis April 2020, EuZW 2020, 397 (398); vgl. auch Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 47 mit einer Synthese von tradierter Dogmatik und EuGH-Rechtsprechung.

<sup>91</sup> S. oben A. III. 2.

<sup>92</sup> Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 50.

<sup>93</sup> Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 189.

<sup>94</sup> Ebd.

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 23.2.1995, Az. 1 ZR 68/93, GRUR 1995, 673 (675) – Mauer-Bilder; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 50 m.w.N.: Schöpferische Eigentümlichkeit, schöpferische Eigenart und eigenschöpferische Prägung sind im Wesentlichen gleichbedeutend.

<sup>96</sup> A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 23.

<sup>97</sup> JüngstKG, Urt. v. 16.01.2020, Az. 2 U 12/16; Kart, MMR 2020, 318 (Rn. 44) – Mittels elektronischer Befehle erstellte Abbildung eines virtuellen Gegenstands.

<sup>98</sup> Kummer (Fn. 66), S. 30ff., 80.

<sup>99</sup> Straub, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 1 (4).

<sup>100</sup> A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 29.

<sup>101</sup> Straub (Fn. 100), GRUR Int. 2001, 1 (4); Schack (Fn. 1), Rn. 189f.

<sup>102</sup> Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 51.

<sup>103</sup> BGH GRUR 2014, 175 (179 Rn. 41) – Geburtstagszug bereits mit Bezug zur europäischen Rechtsentwicklung; BGH GRUR 1999, 923 (924); BGH GRUR 1986, 739 (741) – Anwaltsschriftsatz; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 192.

tungsspielraum notwendig sei.<sup>104</sup>

Ebenso wie zu den Anfangszeiten der Harmonisierung des Werkbegriffs durch den EuGH<sup>105</sup> ist nicht abschließend geklärt, ob und in welchem Umfang der nationalstaatlichen Gerichtsbarkeit „Rechtsanwendungsspielräume“ verbleiben.<sup>106</sup> Problematisch ist insbesondere der Begriff der Gestaltungshöhe, der von der Individualität abzugrenzen ist. Während die Gestaltungshöhe oder auch Schöpfungs- oder Leistungshöhe<sup>107</sup> als ein über die Individualität hinausgehendes qualitatives Kriterium weitgehend abgelehnt wird,<sup>108</sup> wird der Begriff nunmehr überwiegend zur quantitativen Beschreibung des Individualitätsgrades herangezogen.<sup>109</sup>

Die von der deutschen Rechtsprechung im Rahmen eines relativen Werkbegriffs<sup>110</sup> vormals divergierenden Anforderungen an die Gestaltungshöhe verschiedener Werkarten wurden überwiegend zugunsten eines allgemeinen Werkbegriffs aufgegeben.<sup>111</sup> Dies gilt insbesondere auch im Bereich der angewandten Kunst, für die ursprünglich eine gesteigerte Gestaltungshöhe verlangt wurde.<sup>112</sup> Zwar hat der BGH in seiner Entscheidung *Geburtstagszug* zum Ausdruck gebracht, dass dennoch eine „nicht zu geringe“ Gestaltungshöhe zu fordern sei,<sup>113</sup> daraus wird jedoch abgeleitet, dass nunmehr für die Gestaltungshöhe aller Werkarten gleichniedrige Anforderungen gestellt werden sollen.<sup>114</sup> Es gilt nun flächendeckend das auf *Elster* zurückgeführte Prinzip der „kleinen Münze“, womit Gegenstände bezeichnet werden, die lediglich eine niedrige Gestaltungshöhe

aufweisen und daher gerade so schutzfähig sind.<sup>115</sup> Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entfaltung persönlicher Züge in dem Erzeugnis dennoch notwendig bleibt, was wiederum nicht möglich ist, wenn sich dessen Gestaltung „aus der Natur der Sache“ ergibt und (allein) durch „Gesetze der Zweckmäßigkeit“ oder „Logik“<sup>116</sup> determiniert ist,<sup>117</sup> also „notwendig oder [wenigstens] üblich sind“<sup>118</sup> und (selbstverständlich) soweit Vorbestehendes übernommen wird.<sup>119</sup> Daher weisen rein handwerklich erstellte Produkte keine Individualität auf.<sup>120</sup>

## V. Die Gestaltungshöhe im Lichte des Unionsrechts

Nicht zuletzt mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH könnten nunmehr Zweifel an der Existenzberechtigung der Gestaltungshöhe aufkommen,<sup>121</sup> da die Anforderungen des EuGH nicht unterlaufen werden dürfen<sup>122</sup> und dieser betont, dass der „Grad der schöpferischen Freiheit“ für den Schutzzumfang unerheblich ist.<sup>123</sup> Ungeachtet des Umstandes, dass Ergebnisse von Schöpfungsakten, bei denen Gestaltungsspielräume bestanden und diese ausgenutzt worden sind,<sup>124</sup> wohl ohnehin regelmäßig nach dem Prinzip des Schutzes der „kleinen Münze“ eine hinreichende Gestaltungshöhe aufweisen dürften,<sup>125</sup> ist der Schutz der kleinen Münze wohl europarechtlich geboten.<sup>126</sup> Eine schutzeinschränkende Berücksichtigung der Gestaltungshöhe erscheint dahingegen problematisch.<sup>127</sup>

Dennoch spricht gegen eine vollständige Aufgabe des Erfordernisses der Gestaltungshöhe, dass der EuGH Zweifel daran geäußert hat, ob Originalität für „rein informative

<sup>104</sup> S. oben A. III. 3.

<sup>105</sup> S. dazu bereits *Schulze* (Fn. 6), GRUR 2009, 1019 (1019).

<sup>106</sup> *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 7), § 2 Rn. 14.

<sup>107</sup> *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 51.

<sup>108</sup> *Schack* (Fn. 1), UrhR, Rn. 182: „Durch die Rechtsentwicklung überholt“; a.A. wohl *Seifert/Wirth* in: *Eichelberger et al.* (Fn. 9), § 2 Rn. 7: Die Gestaltungshöhe oder schöpferische Eigentümlichkeit ist wichtigstes Merkmal für die „Zubilligung einer persönlich geistigen Schöpfung“.

<sup>109</sup> *Bisges*, (Fn. 78), S. 31; *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 52.

<sup>110</sup> Dazu *Engisch*, Zur Relativität des Werkbegriffs, in: *Erdmann et al.*, Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, 1990, 369; *Erdmann*, in: *FS Loschelder* (Fn. 2), 61.

<sup>111</sup> BGH GRUR 2014, 175 (1. Ls) – *Geburtstagszug*.

<sup>112</sup> BGH GRUR 1995, 581 (582) – *Silberdistel*: „deutliches Übertagen der Durchschnittsgestaltung“.

<sup>113</sup> BGH GRUR 2014, 175 (179 Rn. 40) – *Geburtstagszug*.

<sup>114</sup> *Dreyer* in: *Dreyer et al.* (Fn. 41), § 2 Rn. 67; in Bezug auf dem Gebrauchszweck dienenden Schriftwerken zweifelnd *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 59.

<sup>115</sup> *Bisges* (Fn. 78), S. 19; *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 61.

<sup>116</sup> Vgl. BGH GRUR 1986, 739 (741) – *Anwaltsschriftsatz*.

<sup>117</sup> BGH GRUR 2002, 958 (960) – *Technische Lieferbedingungen*; BGH GRUR 1984, 659 (661) – *Ausschreibungsunterlagen*

<sup>118</sup> BGH GRUR 1987, 704 (707) – *Warenzeichenlexika*.

<sup>119</sup> *Bisges* (Fn. 78), S. 30.

<sup>120</sup> BGH GRUR 1993, 34 (36) – *Bedienungsanweisung*; BGH GRUR 1981, 267 (268) – *Dirlada*; *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 53.

<sup>121</sup> *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 7), Rn. 14; weitergehend *Schack* (Fn. 1), UrhR, Rn. 182f.; vgl. auch *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 61: Aufgrund der europäischen Rechtsentwicklung hat die kleine Münze „nur noch historische Bedeutung“.

<sup>122</sup> *Grünberger* (Fn. 52), ZUM 2020, 175 (178).

<sup>123</sup> EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 35.

<sup>124</sup> EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 30 mit Verweis auf EuGH – *Painer* (Fn. 20), Rn. 88f., 94.

<sup>125</sup> Vgl. *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 15.

<sup>126</sup> *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 63; a.A. *Peukert* in: *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 203.

<sup>127</sup> *Grünberger* (Fn. 52), ZUM 2020, 175 (179f.).

Dokumente“ vorliegen könne.<sup>128</sup> Zwar sei es möglich, Gestaltungsspielraum durch die „Auswahl, [die] Anordnung und [die] Kombination der Wörter“ auszuüben, wenn aber der Inhalt von Dokumenten „im Wesentlichen durch die in ihnen enthaltenen Informationen bestimmt wird, so dass diese Informationen und ihr Ausdruck in den Berichten deckungsgleich und die Berichte somit allein durch ihre technische Funktion gekennzeichnet sind“, könne kein schöpferischer Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht werden.<sup>129</sup> Minimalster Gestaltungsspielraum, wie bei der Anordnung und Kombination von Worten im Rahmen einer Wiedergabe von faktischen Ereignissen nach einem vorgegebenen Muster, genügt also auch nach Ansicht des EuGH nicht. Somit verbleibt noch (etwas) Raum zwischen solchen Werken, die dem Prinzip der „kleinen Münze“ konsequent folgend (noch) geschützt werden müssten, und geistigen Erzeugnissen, die den mindestens erforderlichen Gestaltungshöhengrad nicht überschreiten und bei deren Herstellung bestehender Gestaltungsspielraum nur in unerheblichem Maße genutzt werden kann. Im Rahmen der Rezeption der Urteile des EuGH durch die deutsche Rechtsprechung wird jedenfalls angenommen, dass sich aus diesen selbst für Werke der bildenden Kunst „kein anderer Prüfungsmaßstab“ als den des BGH ergebe, da nicht erkennbar sei, „[d]ass es durch diese Entscheidung[en] zu einer Absenkung der Anforderungen an den Urheberrechtsschutz gekommen wäre“.<sup>130</sup>

Die Grenzziehung zwischen Elementen, für die hinreichender Gestaltungsspielraum vorliegt, und solchen, die durch technisch-formale Zwänge diktiert werden, wird wohl immer dann Unsicherheiten mit sich bringen, wenn nur minimalste Variationen möglich sind. Dennoch ist bei der schutzbegrenzenden Anwendung des Kriteriums der Gestaltungshöhe auch unter Rückgriff auf das Prinzip der „kleinen Münze“ höchste Vorsicht geboten. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, welche (weiteren konkretisierenden) Leitlinien der EuGH der nationalstaatlichen Rechtsanwendung an die Hand geben wird.<sup>131</sup> Eine andere Frage ist freilich, ob es nicht sinnvoll wäre, im Rahmen der Systematisierung des Werkbegriffs auch eine (verstärkte) terminologische Vereinheitlichung vorzunehmen und mittelfristig einen sprachlich-systematischen „Spagat“ zu vermeiden.

<sup>128</sup> EuGH – Funke Medien NRW (Fn. 44), Rn. 24.

<sup>129</sup> Ebd., Rn. 23f.

<sup>130</sup> KG MMR 2020, 318 (Rn. 43) – Mittels elektronischer Befehle erstellte Abbildung eines virtuellen Gegenstands.

<sup>131</sup> Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14.

## Abschiebungsanordnung gegen Gefährder

stud. iur. Paul Bonas

BVerwG 1 A 3.19

§ 58a AufenthG

### **Sachverhalt (gekürzt und leicht abgewandelt)**

Der Kläger K wurde in Deutschland als drittes Kind türkischer Eltern geboren und besitzt wie diese die türkische Staatsbürgerschaft. Seit 2006 besitzt er einen unbefristeten Aufenthaltstitel in Form einer Niederlassungserlaubnis. Die Schule verließ K ohne Abschluss, einer geregelten Erwerbstätigkeit ist er nie nachgegangen.

Vom Sommer 2014 bis zum Winter 2019 wurde der Kläger aufgrund verschiedenster Delikte verurteilt, unter anderem wegen Körperverletzung in drei Fällen und wegen versuchter Nötigung in Tateinheit mit Bedrohung und einem Verstoß gegen das Waffengesetz. Außerdem verkehrt er in radikal-islamistischen Kreisen.

Nach Anhörung des K verfügte das Niedersächsische Ministerium für Inneres schriftlich und begründet am 05.04.2019 die Abschiebung des K in die Türkei. Es stützte sich hierbei auf § 58a Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Etwaige Abschiebungsverbote lägen nicht vor. Es seien tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden, welche die Prognose rechtfertigten, dass von K eine besondere Gefahr für die Sicherheit der BRD und eine terroristische Gefahr nach § 58a AufenthG ausginge. Er habe nicht nur eine radikal-religiöse Einstellung, sondern sympathisiere mit dem IS und dessen Märtyrerrideologie. Zwar wäre noch kein konkreter Tatplan des K bekannt, es gehe jedoch ein zeitlich und sachlich beachtliches Risiko von ihm aus. Ferner sei K auch in der Lage sich beispielsweise Schießfeuerwaffen zu beschaffen, um seine militante Auslegung des Islams durchzusetzen. Hinzu komme seine offensichtliche Gewaltbereitschaft, seine Suche nach Anerkennung und eine Drogenabhängigkeit.

Am 12.04.2019 hat K gegen die Abschiebungsanordnung Klage beim BVerwG erhoben und zugleich einen Antrag auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt. Er habe durch vom Islam inspirierte Motive und Aussagen die Anerkennung bestimmter Personen gesucht und hieraus resultierend die falschen „Freunde“ gefunden. Von ihm gehe keine Gefahr aus. Außerdem sei § 58a AufenthG verfassungswidrig. Die Norm sei erst durch einen Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses zustande gekommen und sodann verabschiedet worden. Zwar habe es in dem Gesetzgebungsverfahren im Innenausschuss einen Antrag der C-Fraktion gegeben, eine Norm zu statuieren, welche die Abschiebung von Ausländern bei Terrorismusverdacht ermöglicht hätte, dieser sei jedoch abgeschmettert worden. Ein bloßer Einigungsvorschlag könne doch wohl nicht für das formell rechtmäßige Zustandekommen einer Norm ausreichen.

Das BVerwG ordnete am 25.06.2019 die aufschiebende Wirkung der Klage an. Nach gebotener summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage bestünden zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Abschiebungsanordnung. Im Hauptsacheverfahren macht die Beklagte geltend, dass sich der Kontakt des Klägers in die salafistische Szene in der Zwischenzeit noch weiter intensiviert habe. Er ließe sich verschiedene islamische Riten erklären und nehme regelmäßig an Gebeten teil. Nichtsdestotrotz suche der K aber auch Kontakte im Drogen- sowie im Rockermilieu. Infolge regelmäßigen Drogenkonsums sei eine immer geringer werdende Hemmschwelle gegenüber dem Einsatz von Gewalt festzustellen. Ein Risikoanalysebericht des BKA komme zu der Bewertung, dass K auch in Zukunft Gewaltstraftaten begehen werde. Es sei davon auszugehen, dass ein Opfer schwere Schäden davontragen oder sogar sein Leben verlieren könnte. Eine schwere staatsgefährdende Gewalttat sei jedoch unwahrscheinlich.

**Wie wird das BVerwG über die Klage entscheiden?**

**Bearbeitervermerk:** Auf Unionsrecht bzw. die EMRK ist nicht einzugehen. Eine Grundrechtsprüfung ist nicht vorzunehmen. Auf den Auszug aus dem AufenthG wird hingewiesen.

### § 2 AufenthG - Begriffsbestimmungen

(1) Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes ist.

[...]

### § 58a AufenthG - Abschiebungsanordnung

(1) Die oberste Landesbehörde kann gegen einen Ausländer auf Grund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ohne vorhergehende Ausweisung eine Abschiebungsanordnung erlassen. Die Abschiebungsanordnung ist sofort vollziehbar; einer Abschiebungsandrohung bedarf es nicht.

(2) Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat kann die Übernahme der Zuständigkeit erklären, wenn ein besonderes Interesse des Bundes besteht. Die oberste Landesbehörde ist hierüber zu unterrichten. Abschiebungsanordnungen des Bundes werden von der Bundespolizei vollzogen.

(3) Eine Abschiebungsanordnung darf nicht vollzogen werden, wenn die Voraussetzungen für ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 1 bis 8 gegeben sind. § 59 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden. Die Prüfung obliegt der über die Abschiebungsanordnung entscheidenden Behörde, die nicht an hierzu getroffene Feststellungen aus anderen Verfahren gebunden ist.

(4) Dem Ausländer ist nach Bekanntgabe der Abschiebungsanordnung unverzüglich Gelegenheit zu geben, mit einem Rechtsbeistand seiner Wahl Verbindung aufzunehmen, es sei denn, er hat sich zuvor anwaltlichen Beistands versichert; er ist hierauf, auf die Rechtsfolgen der Abschiebungsanordnung und die gegebenen Rechtsbehelfe hinzuweisen. Ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung ist innerhalb von sieben Tagen nach Bekanntgabe der Abschiebungsanordnung zu stellen. Die Abschiebung darf bis zum Ablauf der Frist nach Satz 2 und im Falle der rechtzeitigen Antragstellung bis zur Entscheidung des Gerichts über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nicht vollzogen werden.

## EINORDNUNG

Seit nunmehr knapp 20 Jahren gilt dem islamistischen Terror die Aufmerksamkeit der breiten Öffentlichkeit. Das Attentat auf das World Trade Center vom 11.09.2001 gilt als eines der relevantesten Ereignisse für die globale Sicherheitspolitik der jüngeren Geschichte.<sup>1</sup> Dies schlug sich zwangsläufig auch in den Kodifikationen verschiedener Länder vor allem in der westlichen Welt nieder. In der früheren Anwendungspraxis hatte sich gezeigt, dass die Abschiebung von Ausländern mit Schwierigkeiten verbunden war, die bei besonderen Gefahrlagen mit Blick auf die öf-

fentliche Sicherheit einem effektiven Verfahren entgegensetzten.<sup>2</sup> 2005 wurde der § 58a AufenthG vom Bundestag verabschiedet. Die Norm ermöglicht eine Abschiebung im Schnelldurchlauf. Anstelle der Ausländerbehörden sind die obersten Landes- und Bundesbehörden befugt, die Anordnung zu erlassen. Eine vorangehende Ausweisung und Abschiebungsandrohung müsse nicht ergehen. Hinzu tritt eine auf sieben Tage verkürzte Rechtsschutzfrist, § 58a Abs. 4 AufenthG, und eine erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG nach § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO. Zu einer häufigen Anwendung in der behördlichen Praxis kam es jedoch nicht.<sup>3</sup> Dies sollte sich mit dem Attentat auf dem Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016 ändern. Die nachfol-

<sup>1</sup> <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/68721/9-11-und-die-folgen-10-09-2012> (Abruf v. 13.08.2020).

<sup>2</sup> Dollinger in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht Kommentar, 13. Aufl. 2020, § 58a.01.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu bspw. BT – Drucks. 17/6901 S.13.

gende Entscheidungsbesprechung soll die Besonderheiten des „schärfsten Schwertes“ unseres Ausweisungsrechts beleuchten. Insbesondere sollen die Unterschiede zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht durch die deutliche Vorverlagerung der Gefahrenabwehr herausgearbeitet werden.

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

Ein im Innenausschuss gestellter Antrag kann – auch wenn er zunächst keinen Erfolg hatte – für einen später verabschiedeten Kompromissvorschlag des Vermittlungsausschusses die geforderte Zurechnung zur Debatte im Bundestag begründen, insoweit er zuvor hinreichend konkretisiert wurde.

Die Tatbestandsmerkmale des § 58a AufenthG genügen dem Bestimmtheitserfordernis aus Art. 20 Abs. 3 GG.

Eine Gefahr im Sinne des § 58a AufenthG kann auch dann vorliegen, wenn der Ausländer zwar nicht selbst ideologisch radikalisiert ist, er sich jedoch von Dritten im Wissen um deren ideologische Zwecke für entsprechende Gewalttaten instrumentalisiert lässt.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

#### II. Statthafte Klageart

#### III. Klagebefugnis

#### IV. Vorverfahren

#### V. Klagegegner

#### VI. Zuständiges Gericht

#### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

#### VIII. Klagefrist

#### IX. Zwischenergebnis

#### B. Begründetheit

#### I. Rechtswidrigkeit

#### 1. Rechtsgrundlage

#### a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG

#### aa) Gesetzgebungskompetenz

#### **bb) Gesetzgebungsverfahren**

#### cc) Gesetzgebungsform

#### dd) Zwischenergebnis

#### b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG

#### c) Zwischenergebnis

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

#### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

#### a) Tatbestand

#### aa) Ausländer

#### **bb) Besondere Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland/Terroristische Gefahr**

#### **cc) Auf Tatsachen gestützte Prognose**

#### b) Zwischenergebnis

#### II. Rechtsverletzung

#### C. Gesamtergebnis

### A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt sein.

Hinweis: Dass die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen, wird schon aus dem Sachverhalt ersichtlich. Das BVerwG gibt dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statt. Die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO ist ein direkt auf die Anfechtungsklage – oder den Widerspruch – bezogenes Mittel. Es greift die Faustformel, dass zumindest auch die Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage in der Hauptsache vorliegen müssen, um ebendiese auch bei einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu bejahen. Zu Ausbildungszwecken erfolgt an dieser Stelle nichtsdestotrotz eine Darstellung der Sachentscheidungs Voraussetzungen des Hauptsacheverfahrens.

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsmäßiger Art handeln. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt zumindest dann vor, wenn die streitentscheidende Norm einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.<sup>4</sup> § 58a AufenthG als streitentscheidende Norm berechtigt einen Träger öffentlicher Gewalt zu einem Handeln. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Art. Ferner streiten K und das Nds. Ministerium für Inneres nicht als beiderseitig am Verfassungsleben beteiligte Parteien über unmittelbares Verfas-

<sup>4</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 17.

sungsrecht, sodass mangels doppelter Verfassungsunterschiedlichkeit<sup>5</sup> eine Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegt. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Der Verwaltungsgerichtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. Die Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG ist ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 NVwVfG<sup>6</sup>, der den K belastet. K begehrt die Aufhebung des belastenden Verwaltungsaktes, sodass die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthafte Klageart ist.

## III. Klagebefugnis

Gem. § 42 Abs. 2 VwGO muss der Kläger geltend machen, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. K ist unmittelbarer Adressat einer Abschiebungsanordnung. Diese Anordnung ist ein Verwaltungsakt, der sich für den K als subjektiv belastend darstellt. Nach dem Adressatengedanken erscheint es zumindest möglich, dass in das Recht des K auf Freiheit von gesetzwidrigem Zwang aus Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen wird.<sup>7</sup> K ist klagebefugt.

## IV. Vorverfahren

Vor Erhebung der Anfechtungsklage ist gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich ein Vorverfahren durchzuführen. Gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i. V. m. § 80 Abs. 1 NJG ist ein Vorverfahren jedoch entbehrlich.

§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO bestimmt, dass ein Vorverfahren entbehrlich ist, wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Bundesbehörde oder von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt. Die Anordnung wurde von dem Nds. Ministerium für Inneres als oberste Landesbehörde erlassen. Die Nachprüfung wird nicht durch ein Gesetz vorgeschrieben. Die Durchführung eines Vorverfahrens ist entbehrlich.

## V. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m.

§ 79 Abs. 2 NJG das Nds. Ministerium für Inneres.

## VI. Zuständiges Gericht

K müsste sich mit dem BVerwG an das zuständige Gericht gewandt haben. Nach § 45 VwGO entscheidet das VerwG im ersten Rechtszug über alle Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Über Streitigkeiten nach § 58a AufenthG entscheidet gem. § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO jedoch das BVerwG im ersten und letzten Rechtszug, sodass K das zuständige Gericht angerufen hat.

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit des K ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Er muss sich jedoch nach § 67 Abs. 4 S. 1, 3 VwGO durch einen in § 67 Abs. 2 VwGO aufgeführten Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Das Nds. Ministerium für Inneres ist gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 1 NJG beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit folgt aus § 62 Abs. 3 VwGO.

## VIII. Klagefrist

Die Klagefrist in § 74 VwGO wurde eingehalten.

## IX. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind gegeben.

## B. Begründetheit

Die Klage des K ist begründet, soweit die Abschiebungsanordnung des Ministeriums rechtswidrig und K hierdurch in seinen Rechten verletzt ist, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

## I. Rechtswidrigkeit

Die Abschiebungsanordnung müsste rechtswidrig sein. Sie ist rechtmäßig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

### 1. Rechtsgrundlage

Es müsste eine Rechtsgrundlage vorliegen, die das Ministerium zum Handeln berechtigen würde. Dies folgt aus dem Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>8</sup> Rechtsgrundlage ist § 58a AufenthG. Nunmehr ist problematisch, ob die gewählte Rechtsgrundlage nicht eventuell verfassungswidrig ist.

<sup>5</sup> Württemberg/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 213.

<sup>6</sup> Auf die Verweisnorm des NVwVfG wird im Folgenden verzichtet.

<sup>7</sup> Vgl. zum Adressatengedanken BVerwG NJW 1988, 2752 (2753); Schmidt-Kötters in: BeckOK Verwaltungsgerichtsordnung, 53. Edition, Stand: 01.10.2019, § 42 Rn. 173.

<sup>8</sup> Huster/Rux in: BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand 15.05.2020, Art. 20 Rn. 172ff.; Sachs in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 113.

**a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG**  
§ 58a AufenthG müsste formell verfassungsgemäß sein.

**aa) Gesetzgebungskompetenz**

Der Bund müsste die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der Norm innehaben. Die Norm regelt das Aufenthaltsrecht von Ausländern und ist somit gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Gem. Art. 72 Abs. 1 GG haben im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Nach Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund auf dem Gebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG nur das Gesetzgebungsrecht, wenn dies u.a. die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse durch eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Ohne eine bundesrechtlich einheitliche Maßnahme könnte es zu einem länderinternen verfassungsrechtlich bedenklichen „Wettlauf“ mit dem Ziel einer möglichst geringen Hürde für die Gefährderabschiebung kommen, um potenzielle Gefährder möglichst frühzeitig abzuschrecken.<sup>9</sup> Ferner wäre eine Verletzung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland auch länderübergreifend möglich, sodass nur eine gleichgeschaltete Maßnahme für eine effektive Gefahrenabwehr sinnvoll erscheint. Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenz verfassungsgemäß ausgeübt.<sup>10</sup>

**bb) Gesetzgebungsverfahren**

Fraglich ist, ob das Gesetzgebungsverfahren eingehalten wurde. Problematisch könnte erscheinen, dass die Norm als solche erst durch einen vom Bundesrat nach Art. 77 Abs. 2 S. 1 GG einberufenen Vermittlungsausschuss statuiert wurde.<sup>11</sup> Aus Art. 76 GG folgt im Umkehrschluss, dass der Vermittlungsausschuss als solcher kein Initiativrecht hat. Er gibt vielmehr Vorschläge für eine Kompromissfindung unter den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten widerstreitenden Parteien ab.<sup>12</sup> Ein Vermittlungsvorschlag muss indessen zu jeder Zeit der im Bundestag geführten Debatte zurechenbar sein.<sup>13</sup> Dies folgt schon aus der Tatsache, dass sich der Vermittlungsausschuss unter Ausschluss

der Öffentlichkeit berät und über das Vermittlungsergebnis nur ein positiver oder negativer Beschluss in Bundestag und -rat gefasst wird, es aber nicht mehr zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem vermittelnden Ergebnis kommt.<sup>14</sup> Ohne eine Kopplung der Beratungsreichweite des Ausschusses an die öffentliche Debatte käme es demzufolge zwangsläufig zu einer verfassungswidrigen Verkürzung des freien Mandats der Abgeordneten.<sup>15</sup> Als aufkommendes Folgeproblem erscheint fraglich, welche Konkretisierung die in der parlamentarischen Erörterung aufgekommenen Regelungsbestände erfahren müssten, um Eingang in den dem Vermittlungsausschuss verfassungsrechtlich gesteckten Rahmen zu finden. Das BVerfG führt hierzu aus, dass Regelungen zumindest in einer derartigen Form erkennbar gewesen sein müssen, als dass ihre sachliche Tragweite bei einer umfassenden Gesamtbetrachtung deutlich werde.<sup>16</sup> Vorliegend ist erkennbar, dass die Möglichkeit einer Ausweisung eines Ausländers bei Terrorismusverdacht durch einen Antrag der C-Fraktion zumindest durch diese Fraktion angedacht wurde. Dies öffnete mithin ein Einfallstor für die parlamentarische Auseinandersetzung mit diesem Gesichtspunkt. Die klare Formulierung des Antrags führt zu einer deutlichen Erkennbarkeit seiner sachlichen Tragweite. Der Vermittlungsausschuss hat sich kein Initiativrecht angemäht.

**cc) Gesetzgebungsform**

Es ist davon auszugehen, dass das Gesetz ordnungsgemäß verkündet und gegengezeichnet wurde, vgl. Art. 82 Abs. 1. GG, Art. 58 S. 1 GG.

**dd) Zwischenergebnis**

§ 58a AufenthG ist formell verfassungsgemäß.

**b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG**

Der § 58a AufenthG müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Fraglich erscheint, ob die Norm den Ansprüchen des allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes gem. Art. 20 Abs. 3 GG genügt.<sup>17</sup> Der Bestimmtheitsgrundsatz geht aus dem Rechtsstaatsprinzip hervor und verlangt, dass Tatbestände in der Form

<sup>9</sup> Goldmann/Hinzen, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsorganisationsrecht und Aufenthaltsrecht – Gefahr erkannt, Gefährder verbannt?, JuS 2019, 636 (638).

<sup>10</sup> Kritisch hierzu Erbslöh, Bestenfalls überflüssig – Überlegungen zur Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG), NVwZ 2007, 155 (157).

<sup>11</sup> BVerwGE 158, 225 (228).

<sup>12</sup> BVerfGE 125, 104 (122).

<sup>13</sup> BVerfGE 125, 104 (122).

<sup>14</sup> Masing/Risse in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar Band II, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rn. 67.

<sup>15</sup> BVerfGE 120, 56 (75).

<sup>16</sup> BVerfGE ZAR 2017, 379 (381).

<sup>17</sup> BVerfGE 56, 1 (12).

konkretisierbar sind, als dass sie von einem allgemeinverständigen Rechtsanwender durch anerkannte juristische Methodik auslegungsfähig sind.<sup>18</sup> Rechtsvorschriften sind jedoch nur so bestimmt zu verfassen, wie dies nach Eigenart der typischerweise erfassten Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.<sup>19</sup> Die Begrifflichkeiten der „besonderen“ sowie der „terroristischen“ Gefahr sind in jedem Fall weiter zu konkretisierende Tatbestände.<sup>20</sup> Von möglichen Normadressaten kann jedoch bei lebensnaher Auslegung von einer nähergehenden Vorstellung bezüglich eines Eintritts des Tatbestandes ausgegangen werden und auch der Rechtsanwender kann durch Auslegung zu einer angemessenen Subsumtion kommen. § 58a AufenthG ist materiell verfassungsgemäß.

### c) Zwischenergebnis

§ 58a AufenthG ist eine verfassungsgemäße Norm und somit eine taugliche Rechtsgrundlage.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Nds. Ministerium für Inneres ist oberste Landesbehörde i.S.d. § 58a Abs. 1 S. 1 AufenthG, sodass sie zuständig für die Abschiebungsanordnung ist. Verfahrens- und Formvorschriften in den § 28 Abs. 1 VwVfG<sup>21</sup> sowie § 77 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG wurden ebenso gewahrt. Die Anordnung ist formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verfügung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen und überdies eine von ihr vorgesehene Rechtsfolge getroffen wurde.

### a) Tatbestand

Der Tatbestand müsste vorliegen.

#### aa) Ausländer

K ist türkischer Staatsangehöriger und somit Ausländer

nach § 2 Abs. 1 AufenthG.

### bb) Besondere Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland/Terroristische Gefahr

Vorerst müssen die der Prognoseentscheidung zugänglichen Tatbestandsvarianten genauer konkretisiert werden. Fraglich erscheint zunächst, in welchem Zusammenhang der Gefahrenbegriff des § 58a Abs. 1 Alt. 1 AufenthG mit der Gefahrbegriffsdogmatik des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts steht. Insbesondere eine Anknüpfung an eine „konkrete Gefahr“ könnte möglich sein. Eine konkrete Gefahr würde vorliegen, wenn bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit eine Verletzung des geschützten Rechtsguts ersichtlich ist.<sup>22</sup> Eine solche Anknüpfung könnte jedoch gegen Sinn und Zweck des § 58a AufenthG sprechen. Sinn der Norm ist gerade auch eine Absenkung des traditionellen Gefährmaßstabs.<sup>23</sup> Die engeren Voraussetzungen der Annahme einer konkreten Gefahr sollen im Hinblick auf die Bestimmung einer Gefahrenlage bei einer Vorfeldmaßnahme – also auch bei § 58a AufenthG – eine weitere Ausdehnung erfahren<sup>24</sup>, um der Bedrohung durch den Terrorismus in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen.<sup>25</sup> Diese zeichne sich durch die allseits gegebene Möglichkeit aus, einen Anschlag ohne großen Organisationsaufwand und Planung mit allgemein zugänglichen Mitteln jederzeit verwirklichen zu können.<sup>26</sup> Die besondere Gefahr i.S.d. § 58a AufenthG bezieht sich dementsprechend auf die Dimension des gefährdeten Rechtsguts und nicht auf das zeitlich unmittelbare Bestehen eines Schadens.<sup>27</sup> Auch die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland lässt sich nicht unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit des allgemeinen Polizeirechts subsumieren, sondern ist enger zu fassen.<sup>28</sup> Betroffen sind vielmehr die innere und äußere Sicherheit, wobei die innere Schutzrichtung das Bestehen und die Funktionsfähigkeit des Staates sowie seiner Stellen umfasst.<sup>29</sup> Die Ansätze zur Definition einer „terroristischen“ Gefahr sind vielfältig.

<sup>18</sup> Michl, Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, 507 (508).

<sup>19</sup> BVerfGE 49, 168 (191); Michl (Fn. 18), JuS 2020, 507 (508).

<sup>20</sup> Vgl. II.1.a).bb).

<sup>21</sup> Diskutiert wird, ob eine Anhörung nach den Grundsätzen des § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG a priori entbehrlich wäre; kritisch hierzu u. a. Dollinger in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 51.

<sup>22</sup> BVerfGE 115, 320 (364); Wehr, Bundespolizeigesetz Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 21.

<sup>23</sup> Berlit, Umgang mit Gefährdern im Aufenthaltsrecht – Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Abschiebungsanordnungen, ZAR 2018, 89 (93).

<sup>24</sup> So auch BVerfGE 141, 220 (272); diskutiert wird, ob das BVerfG somit eine neue „Gefahrenkategorie“ geschaffen hat, vgl. hierzu mit Bezug auf das BayPAG: Weinrich, Die Novellierung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, NVwZ 2018, 1680 (1682).

<sup>25</sup> Berlit (Fn. 25), ZAR 2018, 89 (93); Kluth in: BeckOK Ausländerrecht, 25. Edition, Stand: 01.03.2020, § 85a Rn. 7a.

<sup>26</sup> Berlit (Fn. 25), ZAR 2018, 89 (93).

<sup>27</sup> Dollinger, in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 28.

<sup>28</sup> Goldmann et al. (Fn. 11), JuS 2019, 636 (640); dasselbe gilt für den § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 AufenthG.

<sup>29</sup> Goldmann et al. (Fn. 11), JuS 2019, 636 (640).

Auch das Terrorismusbekämpfungsgesetz selbst verfügt über keine selbständige Definition des Terrorismusbegriffs. Es handelt sich wohl jedoch dann um eine völkerrechtlich zu verurteilende Verfolgung politischer sowie ideologischer Ziele mit terroristischen Mitteln, wenn diese Ziele unter dem Einsatz gemeingefährlicher Waffen oder durch Attacken auf das Leben Unbeteiligter verfolgt werden.<sup>30</sup> Die besondere Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik und die terroristische Gefahr werden aufgrund der gleichen Eingriffsvoraussetzungen auch regelmäßig dieselbe Gefahrendimension erreichen.<sup>31</sup>

### cc) Auf Tatsachen gestützte Prognose

§ 58a AufenthG verlangt zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr eine sachdienliche Prognose. Wie bei jeder Prognose bedarf es auch im Falle des § 58a AufenthG einer hinreichenden Tatsachengrundlage. Der Hinweis hierauf im Tatbestand selbst dient vielmehr der zusätzlichen Klarstellung, dass ein bloßer Verdacht oder etwa Spekulationen nicht ausreichen können.<sup>32</sup> Eine hinreichende Gefahrenprognose liegt zumindest dann vor, wenn auf Grund der ermittelten Tatsachen ein beachtliches Risiko der Gefahrenrealisierung besteht, dem ohne die scharfen Maßnahmen des § 58a AufenthG nicht mehr abgeholfen werden kann.<sup>33</sup> Dieses beachtliche Risiko muss sich nach einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Ausländers, seines Verhaltens und seiner Einstellungen ergeben. Der Ausländer ist in dieser Prognosephase als ein „Gefährder“ zu betrachten, also noch kein Störer oder Täter.<sup>34</sup>

Fraglich erscheint schon, ob ausreichende Tatsachen für die Annahme einer Gefahr i.S.d. Norm vorliegen. Der Kläger hat ausweislich seiner vorangegangenen Straftaten einen Hang zu Waffen und ist ferner in der Lage, sich diese jederzeit zu beschaffen. Des Weiteren ergeben sich aus den Verurteilungen wegen Gewaltdelikten tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass K gewaltbereit ist und eine entsprechend niedrige Hemmschwelle bezüglich des Einsatzes von Gewalt aufweist. Seine Persönlichkeit ist geprägt durch eine mangelnde berufliche und gesellschaftliche Integration. Die Kontaktsuche und -aufnahme in den ver-

schiedenen gesellschaftlichen Kreisen sprechen weiterhin für ein großes Anerkennungsbedürfnis.

Zwar ergibt sich nach wertender Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit des K das Bild eines gewaltbereiten und unberechenbaren Menschen. Problematisch erscheint jedoch, ob dies hinreichend die Prognose einer beachtlichen Eintrittswahrscheinlichkeit einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr stützt. Es wird nicht ersichtlich, dass der K sich tiefergehend mit einer salafistischen Auslegung des Islam auseinandergesetzt, geschweige denn diese verinnerlicht hat. Ein intensiviertes Interesse an religiösen Riten und die Teilnahme an Gebeten kann allein nicht zu diesem Schluss führen. Gegen eine religiöse Ideologisierung spricht ferner der Konsum von Betäubungsmitteln und der Kontakt in das Drogen- und Rockermilieu. Um der radikal-islamistischen Szene anzugehören, müsste K seine individuellen Bedürfnisse einem Gruppenwillen unterordnen und sich dauerhaft in hierarchischen Strukturverhältnissen zurechtfinden. Ausweislich seiner verschiedenen Szeneeinbindungen und seines Strebens nach Anerkennung liegt auch für diese Veränderung der Persönlichkeitsstruktur des K keine ausreichende Tatsachengrundlage vor. Hierfür spricht auch der Risikoanalysebericht des BKA. Laut diesem sei eine schwere staatsgefährdende Tat des K unwahrscheinlich.

Die ideologische Prägung der drohenden Gewaltanwendung müsste jedoch nicht notwendigerweise in der subjektiven Anschauung des K begründet liegen. Eine Gefahr i.S.d. § 58a AufenthG könnte auch dann vorliegen, wenn der Ausländer sich von Dritten im Wissen um deren Beweggründe für Gewalthandlungen instrumentalisieren lässt.<sup>35</sup> Die niedrige Hemmschwelle gegenüber dem Einsatz von Gewalt und das Bedürfnis Anerkennung zu bekommen, könnten zu einer möglichen Instrumentalisierung des K führen. Doch K wurde auch nach längerem Kontakt in die jihadistische Szene nicht erkennbar isoliert oder radikalisiert. Auch aus seiner Drogenabhängigkeit ergibt sich nichts anderes. Diese begründet zwar eine gewisse Unkalkulierbarkeit seines Verhaltens, jedoch kann sie nicht das Hinzutreten einer politischen oder ideologisch-religiösen

<sup>30</sup> BVerwGE 158, 225 (234); Masuch/Gordzielik in: Huber, Aufenthaltsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 58a Rn. 8.

<sup>31</sup> Dollinger in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 28; so auch Fn. 15.

<sup>32</sup> BVerwGE 158, 225 (236); BVerwG NVwZ-RR 2019, 971 (972).

<sup>33</sup> BVerwGE, 159, 296 (304); Masuch et al. in: Huber, Aufenthaltsgesetz Kommentar (Fn. 32), § 58a Rn. 9.

<sup>34</sup> Dollinger in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 35; vgl. für diese umfassenden Maßnahmen gegen „Gefährder“ auch wieder das Telos des § 58a AufenthG.

<sup>35</sup> BVerwG BeckRS 2020, 7074 als Ausweitung der bisherigen Rspr. des BVerwG zum § 58a.

Radikalisierung als Voraussetzung für die Abschiebungsanordnung ersetzen. Wiederum gilt, dass auch für eine eventuelle Instrumentalisierung keine hinreichende Tat-sachengrundlage vorliegt.

#### **b) Zwischenergebnis**

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 58a AufenthG liegen nicht vor.

#### **II. Rechtsverletzung**

K ist durch die Rechtswidrigkeit der Abschiebungsanordnung in seinen subjektiven Rechten verletzt.

#### **C. Gesamtergebnis**

Die Klage des K ist zulässig und begründet. Das BVerwG wird die Abschiebungsanordnung aufheben.

### FAZIT

Eine lehrreiche Entscheidung des BVerfG, in der die Rechtsprechung zum § 58a AufenthG eine Erweiterung bezüglich einer möglichen Instrumentalisierung eines Gefährders durch Dritte erfahren hat. Die essenzielle Beherrschung der Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand einer Norm, das „täglich Brot“ eines Jurastudierenden, fällt besonders ins Gewicht. Es muss trennscharf aufgearbeitet werden, ob die Voraussetzungen des § 58a AufenthG vorliegen. Sollte dem nicht so sein, so ist dem „Gefährder“ auch bei drohenden Straftaten von erheblicher Bedeutung mit anderen Mitteln des Aufenthaltsrechts oder des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zu begegnen. Ferner wird durch die Prüfung der Rolle des Vermittlungsausschusses im Gesetzgebungsverfahren staatsorganisationsrechtliches Grundverständnis wiederholt. Eine Aufgabenstellung mit § 58a AufenthG als Mittelpunkt der Prüfung ermöglicht das gezielte Abprüfen von System- und Problemverständnis in einem gefahrabwehrrechtlichen Rahmen.

## Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen

stud. iur. Daniel Müller

BVerfG 2 BvR 1333/17

Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1, Art. 3 Abs. 1, 3 GG

### **Sachverhalt (gekürzt und abgewandelt):**

R ist deutsche und marokkanische Staatsangehörige und seit dem 02.01.2017 Rechtsreferendarin im Land Hessen. Sie trägt als Ausdruck ihrer individuellen Glaubensüberzeugung und Persönlichkeit in der Öffentlichkeit ein Kopftuch. Noch vor Aufnahme der Referendarausbildung erhielt sie über das zuständige Oberlandesgericht ein Hinweisblatt, welches inhaltlich den Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz vom 18.06.2007 wiedergibt. In seinem Erlass weist das Hessische Ministerium der Justiz auf Folgendes hin:

*„Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare im juristischen Vorbereitungsdienst haben sich gegenüber Bürgerinnen und Bürgern politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Das bedeutet insbesondere, dass sie keine Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale tragen oder verwenden dürfen, die geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen Frieden zu gefährden.*

*Für den Vorbereitungsdienst bedeutet dies praktisch, dass Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare, die Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale in dem oben genannten Sinne tragen, bei Verhandlungen im Gerichtssaal nicht auf der Richterbank Platz nehmen dürfen, sondern nur im Zuschauerraum sitzen können, keine Sitzungsleitungen oder Beweisaufnahmen durchführen dürfen, keine Sitzungsvertretung für die Staatsanwaltschaft übernehmen dürfen und während der Verwaltungsstation keine Anhörungsausschusssitzung leiten dürfen. Soweit deshalb vorgesehene Regelleistungen durch die Referendarin oder den Referendar nicht erbracht werden, darf dieser Umstand keinen Einfluss auf die Bewertung haben. [...]*

*Sollten einzelne im Ausbildungsplan vorgesehene Leistungen von Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendaren wegen der Neutralitätspflicht nicht erbracht werden können, ist im Zeugnisformular der Hinweis ‚konnte nicht erbracht werden‘ ohne weitere Zusätze anzubringen. Das Nichterbringen der Leistung darf sich nicht auf die Bewertung auswirken. [...]*“

R erklärte am 07.12.2016 die Annahme des ihr angebotenen Ausbildungsplatzes und merkte an, das Hinweisblatt zur Kenntnis genommen zu haben.

Mit dem Verbot ist sie jedoch nicht einverstanden, da sie sich in ihrer ungestörten Religionsausübung verletzt sieht. Es könne nicht sein, dass sie auf einen wesentlichen Teil ihrer Glaubenspraxis verzichten müsse. Auch wenn Richter und Staatsanwälte im Gerichtssaal zur unbedingten Neutralität verpflichtet seien, dürfe man R als Referendarin nicht in gleicher Weise verpflichten. Das Referendariat sei eine unabdingbare Voraussetzung für eine spätere Tätigkeit als Volljuristin, weshalb R nicht einfach von bestimmten Ausbildungstätigkeiten ausgeschlossen werden dürfe. Selbst wenn ihre Entscheidung keinen Einfluss auf ihre spätere Bewertung habe, werde ihr eine umfassende Ausbildung erschwert. Vielmehr müsse es doch genügen, wenn die Verfahrensbeteiligten gesondert auf das besondere Ausbildungsverhältnis hingewiesen würden. Auch fehle es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für das Verbot. In § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 HBG sei die Religionsfreiheit als eingeschränktes Grundrecht überhaupt nicht benannt. Daneben sei das Kopftuch Ausdruck ihrer persönlichen Entfaltung und ihrer Identität. Das Verbot schränke sie daher auch in ihrem selbstbestimmten Auftreten gegenüber anderen ein. Schließlich führe das Verbot zu einer Diskriminierung wegen ihres Geschlechts, da überwiegend Frauen muslimischen Glaubens Kopftücher tragen.

Mit Schreiben vom 09.01.2017 legte R Beschwerde gegen die dem Hinweis entsprechende Verwaltungspraxis ein. Daraufhin teilte ihr der Präsident des zuständigen Landgerichts unter Verweis auf den Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz mit, dass er der Beschwerde nicht abhelfe. Hiergegen stellte R mit Schriftsatz vom 10.02.2017 beim zuständigen Verwaltungsgericht einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Mit Beschluss vom 12.04.2017 verpflichtete das Verwaltungsgericht das Land Hessen sicherzustellen, dass die R ihre Ausbildung als Rechtsreferendarin vollumfänglich mit Kopftuch wahrnehmen könne.

Gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts erhob das Land Hessen Beschwerde vor dem zuständigen Verwaltungsgerichtshof. Eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die Anordnung des Kopftuchverbots sei mit § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i. V. m. § 45 S. 1 HBG gegeben. Überdies sei die Religionsfreiheit der R nicht grenzenlos gewährleistet, sondern werde durch die negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten sowie durch das staatliche Neutralitätsgebot eingeschränkt. Die Ausübung des Vorbereitungsdienstes in Form der Übernahme staatlicher Funktionen mit religiös konnotierter Bekleidung verstoße gegen das Neutralitätsgebot in der Justiz. Es sei einem Verfahrensbeteiligten nicht zuzumuten, unter der Glaubens- und Bekenntnissymbolik eines Repräsentanten des Staates einem staatlichen Verfahren ausgesetzt zu sein, dem er sich nicht entziehen könne. Insofern unterscheide sich die Situation von derjenigen einer Schule oder einer Kindertagesstätte, in der sich die Beteiligten nicht nur einmalig und nicht in einer aus der richterlichen Entscheidungsgewalt resultierenden Über- und Unterordnungssituation begegneten. Im Übrigen stehe es der R frei, der gerichtlichen Verhandlung mit Kopftuch im Zuschauersaal beizuwohnen. Lediglich Verfahrenshandlungen wie Beweisaufnahmen, Anhörungen vor dem Anhörungsausschuss oder Sitzungsververtretungen für die Staatsanwaltschaft dürfe sie mit Kopftuch nicht durchführen. Jedenfalls hänge der Ausbildungserfolg der R nicht von der Erbringung derartiger Ausbildungsleistungen ab, sodass kein gravierender Nachteil entstehe.

Der Verwaltungsgerichtshof hob die Entscheidung des Verwaltungsgerichts mit Beschluss vom 23.05.2017 auf und wies den Antrag der R zurück. Gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs erhebt R am 14.06.2017 Verfassungsbeschwerde. Dabei hatte sie zuvor bereits Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht gegen die dem Erlass entsprechende Verwaltungspraxis erhoben. Dieses Verfahren ruht derzeit.

### **Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?**

**Bearbeitervermerk:** Auf folgende Vorschriften wird hingewiesen:

#### **Gesetz über die juristische Ausbildung (Juristenausbildungsgesetz – JAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. März 2004**

##### **§ 26**

[...]

(2) Mit der Aufnahme [in den juristischen Vorbereitungsdienst] werden die Bewerberinnen und Bewerber in ein öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis berufen. Sie führen die Bezeichnung „Rechtsreferendarin“ oder „Rechtsreferendar“.

[...]

##### **§ 27**

(1) Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare haben sich der Ausbildung mit vollem Einsatz ihrer Arbeitskraft zu widmen. Im Übrigen gelten für sie die für Beamtinnen und Beamte auf Widerruf geltenden Bestimmungen mit Ausnahme von §§ 47 und 80 des Hessischen Beamtengesetzes sowie § 3 des Hessischen Besoldungsgesetzes entsprechend.

[...]

## Hessisches Beamtengesetz (HBG) vom 27. Mai 2013

### § 45 – Neutralitätspflicht

Beamtinnen und Beamte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.

## EINORDNUNG

Verbote religiöser Symbole, Kleidungsstücke und sonstiger Glaubensbekundungen im öffentlichen Dienst sind häufig Gegenstand des gesellschaftlichen Diskurses. Zu unterscheiden sind dabei Fälle staatlich angeordneter religiöser Symbole, das freiwillige Tragen solcher durch Amtsträger und schließlich das Tragen durch außerhalb der Verwaltung stehende Dritte.

Gibt der Staat das Anbringen bestimmter religiöser Symbole in Stellen der öffentlichen Verwaltung zwingend vor, haben sich derartige Vorschriften primär an staatlichen Neutralitätspflichten zu messen. Eine solche Vorschrift der Bayerischen Volksschulordnung<sup>1</sup> wurde durch das Bundesverfassungsgericht 1995 für verfassungswidrig erklärt<sup>2</sup>, dennoch wurde 2018 ein ähnlicher „Kruzifix-Erlass“ für bayerische Behörden verabschiedet<sup>3</sup>, der nach wie vor kontrovers diskutiert wird.<sup>4</sup>

Die Problematik individueller Glaubensbekundungen von Staatsbediensteten liegt dagegen in der Abwägung zwischen den Grundrechten der Betroffenen und den Pflichten zu Neutralität und Distanz gegenüber religiösen Gemeinschaften. Ein Bereich, in dem Verbote religiöser Symbole bislang mehrfach überprüft worden sind, betrifft staatliche Schulen. So entschied das Bundesverfassungs-

gericht 2003<sup>5</sup> und in einer weiteren Entscheidung im Jahr 2015<sup>6</sup>, dass ein pauschales Kopftuchverbot an staatlichen Schulen für Lehrerinnen verfassungswidrig sei. Während es für das behördliche Kopftuchverbot in der ersten Entscheidung an einer gesetzlichen Grundlage gefehlt hatte, äußerte sich das Gericht in der zweiten Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des damaligen gesetzlichen Verbots des § 57 Abs. 4 NRW-SchulG. Dabei war maßgeblich, ob sich der Staat durch eine kopftuchtragende Lehrerin bereits mit dem Islam identifiziere und damit eine hinreichend konkrete Gefahr für die staatliche Neutralität und den Schulfrieden bestehe.<sup>7</sup>

Dagegen sind landesrechtliche Vorschriften, die ein Verbot religiöser Kleidungsstücke für Angehörige des Justizdienstes statuieren, selten verfassungsgerichtlich überprüft worden. Zwar befand der Bayerische Verfassungsgerichtshof Art. 11 Abs. 2 BayRiStAG, der Richtern und Staatsanwälten das Tragen religiöser Kleidungsstücke untersagt, für (landes-)verfassungsgemäß.<sup>8</sup> Das Bundesverfassungsgericht selbst hatte bisher aber nur im Eilverfahren über das Kopftuchverbot für hessische Rechtsreferendare zu entscheiden.<sup>9</sup> Hier stellte sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise doch eine das Neutralitätsgebot verletzende staatliche Identifizierung vorliegt, wenn Referendare bei verfahrensleitenden Maßnahmen religiöse Kleidungsstücke tragen. Das Bundesverfassungsgericht bejahte aufgrund der besonderen Rahmen-

<sup>1</sup> Gem. § 13 Abs. 1 S. 3 Bayerische Volksschulordnung a.F. war in öffentlichen Volksschulen in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen.

<sup>2</sup> BVerfGE 93, 1.

<sup>3</sup> Nach § 28 BayAGO ist in allen Dienstgebäuden des Freistaats Bayern im Eingangsbereich gut sichtbar ein Kreuz anzubringen.

<sup>4</sup> Vgl. Di Fabio, ZEIT-Online, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-05/kruzifix-behoerden-verfassung-udo-di-fabio-markus-soeder> (Abruf v. 13.08.2020); Gschwendtner/Schneider, Süddeutsche Zeitung, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bayern-allzu-hoch-gehaengt-1.3957162> (Abruf v. 13.08.2020).

<sup>5</sup> BVerfGE 108, 282.

<sup>6</sup> BVerfGE 138, 296.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 138, 296 (340f.).

<sup>8</sup> BayVerfGH NVwZ 2019, 721.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2017, 2333.

bedingungen des Gerichtsverfahrens im Vergleich zur staatlichen Schule die Verfassungsmäßigkeit des Verbots. Der zu besprechende Beschluss dürfte somit für künftige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für den Bereich der Justiz maßstabbildend sein.<sup>10</sup>

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

Die gesetzliche Pflicht zu weltanschaulich-religiös neutralem Verhalten und zum Verzicht auf religiöse Kleidungsstücke bei der Amtsausübung im Rahmen des Referendariats begründet einen Eingriff in das Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

Ein Eingriff in die Religionsfreiheit einer Rechtsreferendarin kann durch die Grundsätze der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und mögliche Kollisionen mit der negativen Religionsfreiheit Dritter gerechtfertigt werden.

Aus der Pflicht zur weltanschaulich-religiösen Neutralität folgt jedenfalls das Verbot der Identifizierung des Staates mit einer bestimmten Religionsgemeinschaft. Übt ein Amtsträger bei Gelegenheit der Amtsausübung seine individuelle Religionsfreiheit aus und wird dieses Verhalten vom Staat geduldet, kann dieses dem Staat grundsätzlich als eigenes zugerechnet werden und eine Identifizierung begründen.

Je höher der Grad der staatlichen Einflussnahme auf den Rahmen einer Amtshandlung ist, desto eher kann dem Staat ein abweichendes Verhalten seiner Amtsträger zugerechnet werden. Im Gegensatz zum schulischen Bereich, der die Pluralität der Gesellschaft widerspiegeln soll, ist das Auftreten des Staates im Gerichtsverfahren klassisch-hoheitlich und von größerer Beeinträchtigungswirkung.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Zulässigkeit
- I. Zuständigkeit des BVerfG
- II. Beschwerdefähigkeit

- III. Prozessfähigkeit
- IV. Beschwerdegegenstand
- V. Beschwerdebefugnis
- VI. Rechtswegerschöpfung
- VII. Grundsatz der Subsidiarität
- VIII. Ordnungsgemäßer Antrag und Frist
- IX. Ergebnis
- B. Begründetheit
  - I. Prüfungsmaßstab der Urteilsverfassungsbeschwerde
  - II. Verletzung der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG
    - 1. Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG
    - 2. Eingriff
    - 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
      - a. Schranken
      - b. Schranken-Schranken
        - aa. Gesetzliche Eingriffsermächtigung
        - bb. Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung**
        - cc. Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallentscheidung
  - III. Verletzung der Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG
  - IV. Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts
  - V. Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit
  - VI. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG
- C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der R hat Aussicht auf Erfolg, sofern sie zulässig und soweit sie begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 80ff. BVerfGG zulässig sein.

### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig.

### II. Beschwerdefähigkeit

R müsste zunächst beschwerdefähig sein. Beschwerdefähig i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jedermann, d.h. jeder, der Träger eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts sein kann.<sup>11</sup> Als natürliche Per-

<sup>10</sup> Siehe dagegen speziell zur Übertragbarkeit auf die öffentliche Verwaltung: Hecker, Das BVerfG, das Kopftuchverbot im Justizbereich und die Folgen für die öffentliche Verwaltung, NVwZ 2020, 423.

<sup>11</sup> Morgenthaler in: BeckOK Grundgesetz, 42. Edition, Stand: 01.12.2019, Art. 93 Rn. 54.

son deutscher Staatsangehörigkeit ist R Trägerin der geltend gemachten Grundrechte und damit beschwerdefähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG.

### III. Prozessfähigkeit

Als volljährige natürliche Person ist R selbst zur Vornahme von Verfahrenshandlungen in der Lage und damit auch prozessfähig.

### IV. Beschwerdegegenstand

Es müsste ferner ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Ein solcher liegt nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG in jedem Akt der öffentlichen Gewalt. Hiervon erfasst sind aufgrund der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG, alle Handlungen und Unterlassungen der deutschen Staatsgewalt, also der Legislative, der Exekutive und der Judikative.<sup>12</sup> Mit ihrer Beschwerde wendet sich R unmittelbar gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 23.05.2017. Als gerichtliche Entscheidung ist dieser tauglicher Beschwerdegegenstand.

Mittelbar wendet sich R zugleich gegen den Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz vom 28.06.2007. Dieser stellt eine verwaltungsinterne Weisung dar, die keine Rechtswirkung nach außen entfaltet. Insbesondere handelt es sich nicht um ein Gesetz im materiellen Sinne, auf dem die gerichtliche Entscheidung beruhen und das gemäß § 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG für nichtig erklärt werden könnte. Mangels Außenwirkung liegt insoweit kein tauglicher Beschwerdegegenstand vor, sodass nur der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.

### V. Beschwerdebefugnis

R müsste beschwerdebefugt sein. Dies setzt gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG die Behauptung des Beschwerdeführers, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, voraus. Erforderlich, aber auch ausreichend ist dabei die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung.<sup>13</sup> Daran fehlt es lediglich, wenn eine Verletzung von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.<sup>14</sup> Der angegriffe-

ne Gerichtsbeschluss stellt R vor die Wahl, entweder bei bestimmten Ausbildungstätigkeiten auf das Tragen ihres Kopftuches zu verzichten, oder aber diese Leistungen selbst nicht zu erbringen. Auch wenn sich letzteres nicht auf die Bewertung der R auswirkte, erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass sie durch das Kopftuchverbot in ihrer Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt ist. Auch eine Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GG wegen ihres Geschlechts ist nicht eindeutig auszuschließen. Zwar steht R in einem öffentlich-rechtlichen Auszubildendenverhältnis mit dem Land Hessen. Unabhängig davon, ob man ein solches – ähnlich dem Beamtenverhältnis – als ein Sonderstatusverhältnis qualifiziert, sind auch Personen in Sonderstatusverhältnissen durch die Grundrechte geschützt.<sup>15</sup> Eine Verletzung der von R geltend gemachten Grundrechte erscheint daher jedenfalls möglich.

Überdies muss der Beschwerdeführer in qualifizierter Weise beschwert sein, also selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.<sup>16</sup> Aufgrund des konkret-individuellen Charakters des an sie gerichteten Gerichtsbeschlusses ist R in eigener Person und aktuell betroffen, ohne dass es eines weiteren Vollzugsaktes bedarf.

Folglich ist R i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt.

### VI. Rechtswegerschöpfung

Gemäß Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Hierfür hat der Beschwerdeführer alle gesetzlich vorgesehenen förmlichen Rechtsmittel einzulegen, um die behauptete Grundrechtsverletzung zu beseitigen.<sup>17</sup> Bislang hat R nur Rechtsmittel bei dem Verwaltungsgerichtshof und nicht bei dem letztinstanzlich zuständigen Bundesverwaltungsgericht eingelegt und den Rechtsweg insoweit nicht erschöpft.

Jedoch kann das Bundesverfassungsgericht über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungs-

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 332 (343); *Grünwald* in: BeckOK BVerfGG, 8. Edition, Stand: 01.01.2020, § 90 Rn. 47.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 80, 137 (150); *Klein/Sennekamp*, Aktuelle Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde, NJW 2007, 945 (948).

<sup>14</sup> BVerfGE 6, 132 (134); 94, 49 (84).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 33, 1 (10f.) für Strafgefängene; *Graf von Kielmansegg*, Das Sonderstatusverhältnis, JA 2012, 881 (883); *Mauer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 8 Rn. 29ff. m.w.N.

<sup>16</sup> BVerfGE 1, 97 (101ff.); 97, 157 (164); 102, 197 (206f.); *Ebert*, Grundwissen: Verfassungsbeschwerde, ZJS 2015, 485 (486).

<sup>17</sup> BVerfGE 122, 190 (202).

beschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde (sog. Vorabentscheidung<sup>18</sup>), § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG. Ein schwerer und unabwendbarer Nachteil liegt dann vor, wenn es um einen besonders intensiven Grundrechtseingriff geht, der zu einer irreparablen Grundrechtsverletzung führen kann, wenn das Bundesverfassungsgericht nicht vor Erschöpfung des Rechtswegs über die Verfassungsbeschwerde entscheidet.<sup>19</sup> Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles.<sup>20</sup> Bei der Entscheidung hierüber kommt dem Bundesverfassungsgericht ein Ermessenspielraum zu.<sup>21</sup> Das angegriffene Kopftuchverbot ist gegenständlich auf die Vornahme bestimmter Verfahrenshandlungen und zeitlich auf die Dauer des Referendariats beschränkt. Auch wenn die zeitliche Eingriffswirkung damit vergleichsweise gering ist, wäre eine nachträglich festgestellte Grundrechtsverletzung nicht reversibel. R hätte in diesem Fall keine Möglichkeit mehr, die fraglichen Ausbildungsleistungen unter Beachtung ihres als verpflichtend empfundenen religiösen Kopftuchgebots nachzuholen. Zu berücksichtigen ist die besondere Bedeutung des möglicherweise betroffenen Grundrechts der Religionsfreiheit. Ein besonders intensiver Eingriff ist hierbei eher anzunehmen. Während des zweijährigen Zeitraums des Referendariats ist mit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gewöhnlich auch nicht zu rechnen. Sofern R abverlangt würde, zuvor alle fachgerichtlichen Rechtsmittel auszuschöpfen, würde ihr Grundrechtsschutz vorliegend in unzumutbarer Weise verkürzt.

R entstünde mithin durch die Verweisung auf den Rechtsweg ein schwerer und unabwendbarer Nachteil, sodass das Bundesverfassungsgericht gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG vor Erschöpfung des Rechtswegs über die Verfassungsbeschwerde entscheiden kann.

### VIII. Ordnungsgemäßer Antrag und Frist

Die Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich einzureichen und gemäß § 23 Abs. 1

S. 2 i.V.m. § 92 BVerfGG zu begründen. Überdies ist die Urteilsverfassungsbeschwerde binnen eines Monats nach Zustellung des Urteils zu erheben, § 93 Abs. 1 S. 1, 2 BVerfGG. R hat den Antrag drei Wochen nach Zustellung der Entscheidung des VGH einschließlich substantiierter Begründung und mithin form- und fristgerecht eingereicht.

### IX. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der R ist zulässig.

### B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der R ist begründet, soweit die angegriffene Gerichtsentscheidung sie in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. In Betracht kommt eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie aus Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG.

### I. Prüfungsmaßstab der Urteilsverfassungsbeschwerde

Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs gelten im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde Besonderheiten. Während die Überprüfung der gesetzlichen Eingriffsgrundlage (sog. Normebene) nur am Maßstab des Grundgesetzes erfolgt, prüft das Bundesverfassungsgericht auch auf der Ebene der konkreten gerichtlichen Entscheidung (sog. Anwendungsebene) nicht die Verletzung einfachen Rechts.<sup>22</sup> Dem Bundesverfassungsgericht kommt nicht die Stellung einer Superrevisionsinstanz zur umfassenden Nachprüfung aller fachgerichtlichen Entscheidungen zu<sup>23</sup>, sondern es beschränkt die Prüfung auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.<sup>24</sup> Eine solche liegt vor, wenn die angegriffene Entscheidung auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruht<sup>25</sup> oder die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte nicht erkannt oder grundlegend verkannt haben.<sup>26</sup> Ferner ist eine spezifische Verletzung von Verfassungsrecht anzunehmen, wenn die Rechtsanwendung grob und offensichtlich willkürlich erscheint.<sup>27</sup> Zu prüfen ist daher zum einen eine Verletzung der Grundrechte der R aufgrund der möglichen Verfassungswidrigkeit der § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1,

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG NVwZ-RR 2016, 1; Scherzberg, Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Teil 2), JURA 2004, 513 (517).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 8, 222 (226); 14, 121 (130f.); BVerfG NJW 2018, 1532.

<sup>20</sup> BVerfG 9, 120 (121); Niesler in: BeckOK BVerfGG (Fn. 12), § 90 Rn. 163.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 8, 222 (226f.); 14, 192 (194).

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 18, 85 (92); Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Kap. 4 Rn. 206; Meyer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 93 Rn. 60.

<sup>23</sup> BVerfGE 7, 198 (207); 18, 85 (92).

<sup>24</sup> BVerfGE 18, 85 (92f.); 7, 198 (207).

<sup>25</sup> Ebert (Fn. 16), ZJS 2015, 485 (490).

<sup>26</sup> BVerfGE 89, 214; 101, 361 (388); 106, 28 (45); Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 137.

<sup>27</sup> Vgl. Walter in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 90. EL 2020, Art. 93 Rn. 410.

2 HBG. Zum anderen könnte der VGH bei seiner Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte der R verkannt und insoweit Verfassungsrecht verletzt haben.

## II. Verletzung der Religionsfreiheit der R

R wäre in ihrem Grundrecht der Religionsfreiheit verletzt, wenn die Entscheidung des VGH einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG darstellt und dieser verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt wäre. Es handelt sich bei Art. 4 Abs. 1, 2 GG um ein einheitliches Grundrecht<sup>28</sup>, das sowohl die Freiheit der inneren Überzeugungsbildung (sog. *forum internum*) als auch die Freiheit des Bekenntnisses nach außen (sog. *forum externum*) gewährleistet.<sup>29</sup>

### 1. Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1, 2 GG

#### a. Persönlicher Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG in persönlicher Hinsicht eröffnet sein. Träger des Grundrechts der Religionsfreiheit ist Jedermann<sup>30</sup>, sodass R sich als natürliche Person jedenfalls auf die individuelle Komponente dieses Grundrechts berufen kann. Der persönliche Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist eröffnet.

#### b. Sachlicher Schutzbereich

Weiter müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Art. 4 Abs. 1, 2 GG schützt ausdrücklich die Freiheit des Glaubens sowie die ungestörte Religionsausübung. Unter Glaube versteht man die Auffassung über die Stellung des Menschen in der Welt und seine Beziehung zu höheren Mächten und tieferen Seinsschichten.<sup>31</sup> Die Religionsausübung umfasst jedenfalls die Beachtung und Ausübung religiöser Gebräuche und alle kultischen Handlungen.<sup>32</sup> Der Islam ist als Weltreligion anerkannt und als solcher vom Schutzbereich der Glaubensfreiheit erfasst. Die Regelung des Hinweisblatts berührt indes nicht die Zugehörigkeit der R zum Islam, sondern knüpft an das Tragen eines Kopftuchs während bestimmter Ausbildungsabschnitte an. Ob auch dieses spezifische Verhalten als Ausdruck ihrer religiösen Überzeugung dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1,

2 GG unterfällt, ist fraglich.

Soweit zur genaueren Bestimmung des Schutzbereichs ausschließlich auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft und die aus ihm folgenden Verhaltensregeln abgestellt würde<sup>33</sup>, ist die Einordnung hier nicht eindeutig. So ist das Kopftuchgebot im Islam selbst umstritten und wird nicht einhellig als verbindlich aufgefasst. Jedoch ist neben objektiv bestehenden Verhaltensgeboten zumindest auch das jeweilige Selbstverständnis des Grundrechtsträgers zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Hiernach trägt R das Kopftuch als Ausdruck ihrer inneren Glaubensüberzeugung und empfindet das Tragen als für sich verbindlich durch den Islam vorgegeben. Für dieses extensive Verständnis spricht, dass sich das geschützte Verhalten einer abschließenden Definition – und damit Bewertung – durch den Staat entzieht. Dieser ist vielmehr zur weltanschaulich-religiösen Neutralität verpflichtet und kann somit nicht darüber befinden, welches Verhalten keinen Schutz genießt.<sup>35</sup> Zwar besteht ein gewisses Risiko eines ausufernden Schutzes i.S.d. allgemeinen religiösen Handlungsfreiheit. Gleichwohl können einzelne Verhaltensweisen sachgerechter auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung berücksichtigt werden.

Mithin entzieht sich das Tragen des Kopftuchs durch R einer inhaltlichen Bewertung durch den Staat. Dass die Verhaltensregel im Islam umstritten ist, ist nicht entscheidend. Soweit R das Tragen des Kopftuchs als verbindlich ansieht, ist der sachliche Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG eröffnet.

### 2. Eingriff

Ferner müsste ein Eingriff in den Schutzbereich der Religionsfreiheit vorliegen. Ein Eingriff im klassischen Sinne ist jeder rechtsförmige Vorgang, der unmittelbar und gezielt durch ein vom Staat verfügbares Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.<sup>36</sup> Ein solcher liegt jedenfalls aufgrund seines konkret-individuellen Charakters im Beschluss des VGH.

<sup>28</sup> BVerfGE 24, 236 (245); 108, 282 (297); 138, 296 (328f.); Kokott in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 12ff.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 32, 98 (106f.); Germann in: BeckOK GG (Fn. 11), Art. 4 Rn. 23f.

<sup>30</sup> Epping (Fn. 22), Rn. 298.

<sup>31</sup> Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, 263.

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 24, 236 (246ff.); Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 57.

<sup>33</sup> Classen, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 54; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2004, Rn. 515.

<sup>34</sup> BVerfGE 24, 236 (247f.); 137, 273 (315f.); Morlok in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 60; Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 9ff.; Kokott in: Sachs (Fn. 28), Art. 4 Rn. 21.

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 108, 282 (292); 138, 296 (329).

<sup>36</sup> Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 8 Rn. 6.

**Anmerkung:** Ob darüber hinaus in dem behördlichen Hinweis gegenüber R ein Eingriff liegt, kann offenbleiben, da bereits das streitgegenständliche Urteil einen Eingriff begründet. Wäre allein auf den Hinweis abzustellen, erschiene eine Qualifizierung als Eingriff im klassischen Sinne fernliegend. Dem bloßen Hinweis, der nicht auf die verbindliche Setzung von Rechtsfolgen gerichtet ist, dürfte es an der Regelungswirkung fehlen. Stattdessen käme ein Eingriff im modernen Sinne in Betracht. Darunter fällt bereits jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder erschwert. Durch die Vorschriften des JAG wird R vor die Wahl gestellt, entweder auf die Vornahme der genannten Ausbildungstätigkeiten oder auf das Tragen des Kopftuchs während dieser Tätigkeiten zu verzichten. Auch wenn der Verzicht auf die genannten Tätigkeiten mit keinen rechtlichen Nachteilen verbunden ist, liegt zumindest eine faktische Einschränkung der Religionsausübung der R nahe.

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

#### a. Schranken

Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthält keine ausdrückliche Schrankenregelung. Daraus folgt zunächst, dass das Grundrecht der Religionsfreiheit zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet ist.<sup>37</sup> Danach könnten Eingriffe nur aufgrund von verfassungsimmanenten Schranken, d. h. kollidierenden Grundrechten Dritter und anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten gerechtfertigt werden.<sup>38</sup>

Demgegenüber bestimmt Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV,

dass die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt werden. Diese Regelung könnte als einfacher Gesetzesvorbehalt der Glaubensfreiheit qualifiziert werden.<sup>39</sup> Für dieses Verständnis lässt sich neben der Geltung der inkorporierten Vorschriften der WRV als „vollgültiges Verfassungsrecht“<sup>40</sup> auch die historische Auslegung des Art. 135 S. 1 WRV a.F. anführen, demgemäß die Glaubens- und Gewissensfreiheit durch die allgemeinen Staatsgesetze beschränkt wurde.<sup>41</sup> Allerdings sind nicht alle staatskirchenrechtlichen Bestimmungen der WRV, insbesondere nicht Art. 135 WRV in das GG übernommen worden.<sup>42</sup> Eine Übertragung des einfachen Gesetzesvorbehalts stünde dagegen im Widerspruch zu den Beratungen des Parlamentarischen Rates, der die ursprüngliche Schrankenregelung des Art. 4 Abs. 2 GG verwarf.<sup>43</sup> Das Grundrecht der Glaubensfreiheit unterliegt daher lediglich verfassungsimmanenten Schranken.

#### aa. Grundsatz weltanschaulich-religiöser Neutralität

In Betracht kommt zunächst der Grundsatz weltanschaulich-religiöser Neutralität des Staates, der in Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 S. 1, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 4, Art. 137 Abs. 1 WRV verankert ist. Aus ihm folgt die Pflicht, auf eine am Gleichheitsgebot orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten.<sup>44</sup> Es verlangt keine strikte Trennung von Kirche und Staat, sondern vielmehr eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit aller Religionsgemeinschaften gleichermaßen fördernde Haltung.<sup>45</sup> Insbesondere darf sich der Staat nicht mit einer bestimmten Religionsgemeinschaft identifizieren (sog. Identifizierungsverbot).<sup>46</sup> Zu beachten ist dabei, dass die Pflicht des Staates der Pflicht seiner einzelnen Amtsträger entspricht.<sup>47</sup> Die angegriffenen Regelungen verbieten der R, bei bestimmten Verfahrenshandlungen ein Kopftuch zu tragen. Das Verbot betrifft nicht die Vornahme von Verfahrenshandlungen als solche. Vielmehr knüpft es an das

<sup>37</sup> Vgl. Starck in: v. Mangoldt et al. (Fn. 32), Art. 4 Rn. 84.

<sup>38</sup> So auch BVerfGE 32, 98 (107f.); 108, 282 (299); 138, 296 (333); BVerfGE 116, 359 (360); Frenz, Die Religionsfreiheit, JA 2009, 493 (495); Germann in: BeckOK (Fn. 11), Art. 4 Rn. 47f.; Koriath in: Maunz/Dürig (Fn. 27), WRV Art. 136 Rn. 54; Morlok in: Dreier (Fn. 34), Art. 4 Rn. 127; Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 122ff.

<sup>39</sup> BVerfGE 112, 227 (231f.); Kästner, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit, JZ 1998, 974 (981); Mager in: v. Münch/Kunig (Fn. 22), Art. 4 Rn. 37; Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 224ff.; Starck in: v. Mangoldt et al. (Fn. 32), Art. 4 Rn. 87; Tillmanns, Die Religionsfreiheit, JURA 2004, 619 (626).

<sup>40</sup> BVerfGE 19, 206 (219).

<sup>41</sup> Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 136 Anm. 1; Koriath in: Maunz/Dürig (Fn. 27), WRV Art. 136 Rn. 51.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 19, 206 (219).

<sup>43</sup> Matz, JÖR 1 (1951), 73 (73ff.).

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299); 138, 296 (339).

<sup>45</sup> BVerfG NVwZ 2020, 461 (463).

<sup>46</sup> BVerfGE 93, 1 (17); 108, 282 (299); BVerfG NVwZ 2020, 461 (463).

<sup>47</sup> BVerfGE 138, 296 (367); Volkmann, Dimensionen des Kopftuchstreits, JURA 2015, 1083 (1085).

Tragen des Kopftuchs an, welches nur bei Gelegenheit der Amtsausübung erfolgt. Insofern stellt es sich als individuelle Ausübung der Grundrechte der R aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG dar. Ob auch die Zurechnung derartiger Grundrechtsausübungen einzelner Amtsträger für eine Beeinträchtigung des staatlichen Neutralitätsgebots genügt, ist fraglich.

Beschränkte sich das Identifizierungsgebot allein auf die unmittelbare Ausübung von Amtspflichten, wäre das Neutralitätsgebot bereits nicht einschlägig und eine Beeinträchtigung wäre ausgeschlossen.<sup>48</sup> Für dieses Verständnis sprechen die Unterschiede zwischen unmittelbarer Ausübung von Amtsgewalt und individuellem Grundrechtsgebrauch bei Gelegenheit der Amtsausübung. Ordnet der Staat bestimmte religiöse Handlungen oder Symbole wie etwa das Anbringen von Kreuzfixen<sup>49</sup> an, liegt darin jedenfalls eine Identifizierung mit einer Religion. Dagegen erfolgt z.B. das Kopftuchtragen durch Lehrerinnen in staatlichen Schulen<sup>50</sup> freiwillig und würde vom Staat lediglich geduldet. Diese reine Duldung *per se* mit einer Identifizierung des Staates gleichzusetzen, würde diesen Unterschied nicht berücksichtigen. So kann bereits nicht jeder private Grundrechtsgebrauch dem Staat als eigene Handlung zugerechnet werden.<sup>51</sup>

Allerdings erscheint es sachgerecht, für eine Zurechnung sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.<sup>52</sup> Je höher dabei der Grad der staatlichen Einflussnahme auf den äußeren Rahmen einer Amtshandlung ist, desto eher ist dem Staat abweichendes Verhalten von Amtsträgern zurechenbar.<sup>53</sup> Unterliegt das Verhalten demnach nur begrenzter staatlicher Einflussnahme, spricht dies auch gegen eine Identifizierung des Staates. Tätigkeiten an staatlichen Schulen unterliegen einer vergleichsweise geringen staatlichen Einflussnahme. Der Austausch zwischen Lehrkräften und Schülern ist auf Offenheit und Pluralität angelegt<sup>54</sup> und soll insoweit die Meinungsvielfalt der Gesellschaft widerspiegeln. Toleriert der Staat hier das Kopftuchtragen durch Lehrkräfte, liegt darin keine Identifizierung mit dem dahinterstehenden Bekenntnis.<sup>55</sup> Die

staatliche Duldung ließe sich als Ausdruck des Neutralitätsgebots i.S.e. offenen und fördernden Haltung verstehen.

Bei einem besonders hohen Maß an staatlichem Einfluss ist dagegen in der Duldung abweichenden Verhaltens eher eine Identifizierung zu sehen. Das Verfahren während mündlicher Verhandlungen ist zum einen durch Bundes- und Landesgesetze umfassend geregelt.<sup>56</sup> Hinzu kommen die Verpflichtung der Richterinnen und Richter zum Tragen einer Amtstracht sowie nach wie vor gelebte Verfahrenstraditionen. Auf diese Weise übt der Staat eine umfangreiche Kontrolle über das Gerichtsverfahren aus, welche über den Einfluss in anderen staatlichen Stellen hinausgeht. Daraus folgt, dass das individuelle Verhalten der Amtsträger im Gericht dem Staat als eigenes Verhalten zuzurechnen ist. Wird die Amtsausübung in einem derartigen Maß durch den Staat geregelt und beeinflusst, so ist mit der Duldung abweichenden Verhaltens zugleich eine Identifizierung verbunden. Sofern das Tragen des Kopftuchs durch Rechtsreferendare im Gerichtssaal staatlich geduldet würde, wäre das Neutralitätsgebot hierdurch betroffen. Dieses stellt mithin eine taugliche Schranke der Glaubensfreiheit der R dar.

#### bb. Negative Glaubensfreiheit Dritter

Die Glaubensfreiheit der R könnte durch die negative Glaubensfreiheit der übrigen Verfahrensbeteiligten aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG beschränkt werden. Diese umfasst insbesondere die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben<sup>57</sup> und bezieht sich ebenfalls auf die Symbole, in denen ein Glaube sich darstellt.<sup>58</sup> Jedoch hat der Grundrechtsträger keinen Anspruch darauf, vor jeglicher Form der fremden Religionsübung verschont zu bleiben. So ist es im Fall der R keine unmittelbare Amtsausübung, sondern der private Grundrechtsgebrauch, durch den die übrigen Verfahrensbeteiligten mit dem Kopftuch als religiösem Symbol konfrontiert würden. Es erscheint denkbar, den Schutz der negativen Glaubensfreiheit nicht auf die reine Grundrechtsausübung durch Amtsträger aus-

<sup>48</sup> Brosius-Gersdorf/Gersdorf, Kopftuchverbot für Rechtsreferendarin: Unanwendbarkeit des Neutralitätsgebots, NVwZ 2020, 428 (429f.); Hecker (Fn. 10), NVwZ 2020, 423 (424).

<sup>49</sup> Siehe hierzu BVerfGE 93, 1.

<sup>50</sup> Siehe hierzu BVerfGE 138, 296.

<sup>51</sup> BVerfGE NVwZ 2020, 461 (463).

<sup>52</sup> Vgl. ebd.; Muckel, NVwZ 2017, 1132, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 27.06.2017 – 2 BvR 1333/17.

<sup>53</sup> BVerfGE NVwZ 2020, 461 (464).

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 8, 151 (155); Eckertz-Höfer, Kein Kopftuch auf der Richterbank?, DVBl. 2018, 536 (543).

<sup>55</sup> BVerfGE 138, 296 (340f.).

<sup>56</sup> Siehe etwa §§ 128ff. ZPO; §§ 101 ff. VwGO; §§ 32ff. und §§ 73ff. NJG.

<sup>57</sup> BVerfGE 93, 1 (15f.); 108, 282 (301f.); BVerwGE 109, 40 (52); Morlok in: Dreier (Fn. 34), Art. 4 Rn. 69.

<sup>58</sup> BVerfGE NVwZ 2020, 461 (464).

zudehnen.<sup>59</sup> Die Konfrontation mit religiösen Symbolen von Lehrkräften im schulischen Bereich etwa ist hinzunehmen, da Art. 4 Abs. 1, 2 GG insoweit keinen Schutz gewährt.<sup>60</sup>

Berücksichtigt man indes die Rahmenbedingungen der Konfrontation, ließe sich ein umfassender Schutz durch die negative Glaubensfreiheit annehmen.<sup>61</sup> Dadurch, dass der Staat den Verfahrensbeteiligten gegenüber klassisch-hoheitlich und damit beeinträchtigend auftritt, bringt er diese in eine unausweichliche Situation.<sup>62</sup> Die Verfahrensbeteiligten sind selbst nicht in der Lage, der Konfrontation mit religiösen Symbolen der Amtsträger auszuweichen, sondern sind dieser ausgeliefert. Soweit auch in der Schule Hoheitsträger gegenüber Schülern eingreifend auftreten – etwa durch die Schulpflicht oder die Notenvergabe –, sind derartige Grundrechtseingriffe von geringerer Intensität. Der Schulbetrieb ist im Gegensatz zur Justiz nicht allein darauf ausgerichtet, den Rechtskreis der Schüler zu verändern. Vielmehr soll er die religiös-pluralistische Gesellschaft widerspiegeln, in der verschiedene Bekenntnisse miteinander konfrontiert werden. Dies spricht dafür, die Unausweichlichkeit der Situation im Gerichtsverfahren als beachtlich anzusehen. Daher kann die Konfrontation mit religiösen Symbolen der Amtsträger hier zu einer Beeinträchtigung der negativen Glaubensfreiheit der übrigen Verfahrensbeteiligten führen. Eine Schranke liegt insoweit vor.

### cc. Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Eine weitere Schranke könnte in der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege liegen, die aus Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3, Art. 92 GG folgt. Diese setzt voraus, dass gesellschaftliches Vertrauen in die Justiz insgesamt besteht.<sup>63</sup> Der Staat ist dazu verpflichtet, Maßnahmen zur Optimierung dieses Vertrauens zu treffen und verfügt bei der Auswahl geeigneter Maßnahmen über einen Einschätzungsspielraum.<sup>64</sup> Zwar fehlt es einem einzelnen Amtsträger nicht schon aufgrund seiner religiösen Auffassung an der erforderlichen Objektivität. Gleichwohl birgt jedenfalls die Identifizierung des Staates mit einer Religion die Gefahr eines Vertrauensverlusts in die gesamte Justiz.<sup>65</sup> Mit der staatlichen

Duldung des Kopftuchtragens durch Referendarinnen bestünde hier eine solche Gefahr. Dieser Gefahr soll mit dem Verbot des Tragens religiöser Symbole bei der Durchführung bestimmter Verfahrenshandlungen entgegengewirkt werden. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ist daher im Fall einer drohenden Identifizierung des Staates mit einer Religion taugliche Schranke.

### dd. Gebot richterlicher Unparteilichkeit

Die Garantie richterlicher Unparteilichkeit ist aus Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Art. 92, Art. 97, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abzuleiten. Sie erfordert eine innere Distanz des Richters zu dem Rechtsstreit sowie eine unbedingte Neutralität des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten.<sup>66</sup> Bereits offen ist, ob die Bindungen der richterlichen Unparteilichkeit auf Rechtsreferendare übertragbar sind.<sup>67</sup> Unabhängig davon begründet die religiöse Überzeugung eines Richters allein nicht dessen fehlende Neutralität zur Sache oder zu den Parteien. Dies gilt auch für die Verwendung religiöser Symbole. Aufgrund der Anforderungen in Auswahlverfahren und Richterausbildung kann eine hinreichende Unparteilichkeit angenommen werden. Liegen Anhaltspunkte für eine religiöse Befangenheit eines Richters vor, sind diese auf Einzelfallebene zu berücksichtigen. Die richterliche Unparteilichkeit bildet jedoch keine allgemeine Schranke der Glaubensfreiheit.

### ee. Sicherung des gesellschaftlich-religiösen Friedens

Ein allgemeiner Schutzanspruch für den gesellschaftlich-religiösen Frieden lässt sich weder aus dem Grundsatz weltanschaulich-religiöser Neutralität noch aus sonstigen Vorschriften des Grundgesetzes für den Bereich der Justiz herleiten.

### b. Schranken-Schranken

Die Schranken in Form des Neutralitätsgebots, der negativen Glaubensfreiheit Dritter sowie der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege unterliegen ihrerseits Beschränkungen. Sofern eine Eingriffsgrundlage besteht, müssen sowohl diese als auch ihre konkrete Anwendung im Einzelfall verfassungskonform sein.

<sup>59</sup> Brosius-Gersdorf/Gersdorf (Fn. 48), NVwZ 2020, 428 (431); ähnlich Muckel (Fn. 52), NVwZ 2017, 1132.

<sup>60</sup> BVerfGE 138, 296 (336).

<sup>61</sup> BVerfG NVwZ 2020, 461 (465); BayVerfGH NJW 2019, 2151 (2152); vgl. auch Germann in: BeckOK GG (Fn. 11), Art. 4 Rn. 41.4.

<sup>62</sup> BVerfG NVwZ 2020, 461 (465); vgl. BVerfGE 138, 296 (336); BayVerfGHE 60, 1 (9).

<sup>63</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1989, 93; Weidemann, Religiöse Symbole vor Gericht – Teil 1, ZJS 2016, 286 (294).

<sup>64</sup> BVerfG NVwZ 2020, 461 (464 Rn. 91).

<sup>65</sup> BVerfG NVwZ 2020, 461 (464 Rn. 92).

<sup>66</sup> BVerfGE 21, 139 (146); 103, 111 (140); 133, 168 (202); 148, 69 (96); Jachmann-Michel in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 101 Rn. 87.

<sup>67</sup> Ablehnend v. Harbou, Referendarsexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Kopftuch vor Gericht, JuS 2019, 473 (476f.).

**aa. Erfordernis einer Eingriffsermächtigung**

Der Eingriff in das Grundrecht der Glaubensfreiheit bedarf wegen des aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung<sup>68</sup>, vgl. Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG. Mit § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG liegt eine solche vor.

**bb. Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung****(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Hessen zum Erlass der § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG folgt aus Art. 70 Abs. 1 GG. Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich. Die Vorschriften könnten indes gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen. Ob das Zitiergebot auf die Schranken des Grundrechts der Glaubensfreiheit anwendbar ist, ist fraglich. Dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 S. 1, 2 GG nach bezieht sich das Zitiergebot nur auf Grundrechte, die durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden können. Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte wie die Glaubensfreiheit wären hiernach nicht erfasst. Für eine extensive Auslegung lässt sich zwar anführen, dass vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte unter besonderem Schutz stehen sollen und daher erst recht hohe Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit einschränkender Gesetze zu stellen sind.<sup>69</sup> Diese Auslegung würde die Formanforderungen an den Gesetzgeber jedoch überdehnen.<sup>70</sup> Das Zitiergebot findet mithin vorliegend keine Anwendung. § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG sind formell verfassungsmäßig.

**(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Die Vorschriften müssten materiell verfassungsmäßig sein. Insbesondere müsste der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG.

**(a) Legitimer Zweck**

Die § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG müssten einen legitimen Zweck verfolgen. Soweit Grundrechte vorbehaltlos gewährleistet sind, muss das sie einschränkende Gesetz der Durchsetzung kollidierenden Verfassungsrechts dienen.<sup>71</sup> Mit dem Verbot des Tragens religiöser Symbole bei bestimmten Verfahrenshandlungen beabsichtigt der Gesetzgeber, das Neutralitätsgebot des Staates zu wahren und das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Funktionsfä-

higkeit der Justiz insgesamt zu stärken. Überdies zielen die Regelungen darauf ab, die übrigen Verfahrensbeteiligten vor ungewollter Konfrontation mit religiösen Symbolen zu schützen. Sowohl das in Art. 4 Abs. 1, Art. 3 S. 1, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 4, Art. 137 WRV verankerte Neutralitätsgebot als auch die aus Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3, Art. 92 GG folgende Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sind Güter von Verfassungsrang, deren Schutz ein legitimes Ziel ist. Der Schutz der negativen Glaubensfreiheit Dritter ist Ausfluss der Schutzpflichten aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG und ebenfalls legitim.

**(b) Geeignetheit**

Ferner müssten die Vorschriften geeignet sein, einen der verfolgten Zwecke zu erreichen. Geeignet ist ein Mittel, wenn es die Erreichung des jeweiligen Zwecks in irgendeiner Weise fördert.<sup>72</sup> Es erscheint weder ausgeschlossen, dass mit dem Tragen religiöser Symbole durch Rechtsreferendare bei Durchführung der Verfahrenshandlungen eine staatliche Identifikation mit einer Religion verbunden ist, noch dass dadurch ein erheblicher Vertrauensverlust in die Unabhängigkeit der Justiz entsteht. Auch eine Beeinträchtigung der negativen Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten ist möglich. Diese möglichen Folgen werden durch das Verbot des Tragens religiöser Symbole ausgeschlossen. Es ist daher zur Zweckerreichung geeignet.

**(c) Erforderlichkeit**

Die Vorschriften müssten erforderlich sein. Die Vorschriften wären erforderlich, wenn kein weiteres, in gleicher Weise geeignetes und der Intensität nach milderer Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks zur Verfügung steht.<sup>73</sup> Als milderer Mittel käme ein Hinweis auf die Ausbildungssituation durch das Land Hessen als Ausbilder in den Fällen, in denen Rechtsreferendare Verfahrenshandlungen mit Außenwirkung durchführen, infrage. Diese Maßnahme stellte einen weniger intensiven Eingriff in die Glaubensfreiheit der Referendare dar. Ein Hinweis würde die übrigen Verfahrensbeteiligten jedoch nicht vor der Konfrontation mit religiösen Symbolen schützen. Außerdem ist fragwürdig, ob der reine Hinweis einen möglichen Vertrauensverlust in die Unabhängigkeit der Justiz verhindern kann. Damit fehlt es dem mildereren Mittel insoweit an

<sup>68</sup> Frenz (Fn. 39), JA 2009, 493 (495); Germann in: BeckOK GG (Fn. 11), Art. 4 Rn. 49.

<sup>69</sup> Vgl. Sachs in: Sachs (Fn. 28), Art. 19 Rn. 30.

<sup>70</sup> BVerfGE 83, 130 (154); vgl. VGH Kassel BeckRS 2017, 110950 Rn. 10.

<sup>71</sup> Michael, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 654 (656).

<sup>72</sup> BVerfGE 30, 292 (316); 96, 10 (23); Epping, Grundrechte (Fn. 22), Kap. 2 Rn. 53.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfGE 53, 136 (145); 67, 157 (176); Maurer, Staatsrecht I (Fn. 26), § 8 Rn. 57.

der Eignung. Die Vorschriften sind erforderlich.

#### (d) Angemessenheit

Schließlich müssten die § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG angemessen sein. Der verfolgte Zweck dürfte hierfür nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen.<sup>74</sup> Abzuwägen sind die Auswirkungen für den Betroffenen einerseits und die entgegenstehenden öffentlichen Interessen andererseits.<sup>75</sup> Vorliegend steht das Grundrecht der Religionsfreiheit der R aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG der Wahrung der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sowie dem Schutz der negativen Glaubensfreiheit Dritter gegenüber. Dabei ist zunächst abstrakt die besondere Bedeutung des Grundrechts der Glaubensfreiheit zu berücksichtigen, welches gerade vorbehaltlos gewährleistet ist.

Stellt man auf die konkrete Regelung des Verbots des Tragens religiöser Symbole ab, lässt sich festhalten, dass der Eingriff in die Glaubensfreiheit in sachlicher und zeitlicher Hinsicht von geringer Intensität ist. So ist das Verbot zeitlich ausschließlich auf die Durchführung bestimmter Verfahrenshandlungen – insbesondere Sitzungsleitungen, -vertretungen und Beweisaufnahmen – beschränkt. Während der gesamten übrigen Ausbildungsabschnitte ist den Referendaren das Tragen religiöser Symbole erlaubt. Den Referendaren wird die Ausübung dieser Tätigkeiten nicht *per se* verwehrt<sup>76</sup>, sondern nur unter Verzicht auf diese spezifische Grundrechtsausübung erlaubt. Zwar führt die Regelung zu einer faktischen Entscheidungspflicht betroffener Referendare zwischen der dauerhaften Glaubensbetätigung durch Verwendung entsprechender Symbole und der Teilnahme an Verfahrenshandlungen und damit ggf. einer umfassenden Ausbildung. Es besteht aber bei Verzicht auf religiöse Symbole weder ein Anspruch auf Durchführung dieser Tätigkeiten, noch ist der Verzicht auf die Ausbildungsabschnitte mit negativen – rechtlichen oder faktischen – Folgen verbunden. Es könnte somit allenfalls eine psychische Belastungssituation entstehen. Im Übrigen ist durch das Verbot nur das Tragen religiöser Symbole und damit sachlich nur ein spezifisches Verhalten als Teil des *forum externum* betroffen. Die innere Überzeugungsbildung bleibt davon ebenso unberührt wie die Religionsaus-

übung außerhalb der genannten Ausbildungsabschnitte.

Gleichzeitig sind die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sowie die negative Religionsfreiheit Dritter Güter von Verfassungsrang. Ihr Schutz ist verfassungsrechtlich geboten und mithin als besonders wichtig einzustufen. Zwar bestehen keine Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der negativen Religionsfreiheit Dritter, sondern es wird eine bloß abstrakte Gefahr durch das Tragen religiöser Symbole geschaffen.<sup>77</sup> Anders verhält es sich aber aufgrund der bejahten Identifizierung des Staates mit dem Neutralitätsgebot. Im Übrigen sprechen der besondere Rang der zu schützenden Güter sowie der hohe Grad staatlicher Einflussnahme und der Formalisierung im Gerichtsverfahren dafür, auch abstrakte Gefahren genügen zu lassen. Dies wäre beispielsweise in Schulen, wo keine Identifizierung des Staates mit den religiösen Symbolen der Amtsträger anzunehmen ist, anders zu beurteilen.<sup>78</sup>

Zu beachten ist, dass dem Gesetzgeber grundsätzlich bei der Auswahl der Mittel zum Ausgleich kollidierender Interessen ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>79</sup> Allerdings ist im Falle einer Kollision von Grundrechten mehrerer Beteiligter – wie hier der Religionsfreiheit – ein Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz zu finden.<sup>80</sup>

Für eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Referendare ließe sich anführen, dass diese durch das Verbot in weiteren Grundrechten betroffen sind. So kommen die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Ausbildungsfreiheit der Referendare in Bezug auf die Ausübung bestimmter Ausbildungstätigkeiten als auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht. Soweit in diese Grundrechte eingegriffen wird, wäre dieser Eingriff jedoch wie bei Art. 4 Abs. 1, 2 GG von einer geringen Intensität. Zwar betreffen die § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1 und 2 HBG Referendare ebenso wie bereits berufstätige Richter und Staatsanwälte. Dadurch könnten die rechtlichen Unterschiede zwischen dem Beamten- bzw. Richterstatus und der Ausbildungssituation, in der sich

<sup>74</sup> Huster/Rux in: BeckOK GG (Fn. 11), Art. 20 Rn. 197; Kingreen/Poscher, Staatsrecht II (Fn. 36), Rn. 340.

<sup>75</sup> Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430).

<sup>76</sup> v. Schwabenflug/Szczerbak, Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst, NVwZ 2018, 441 (442).

<sup>77</sup> v. Harbou (Fn. 67), JuS 2019, 473 (478).

<sup>78</sup> Vgl. BVerfGE 138, 296 (338ff.).

<sup>79</sup> Vgl. BVerfGE 115, 205 (234); 137, 185 (258); Michael (Fn. 71), JuS 2001, 654 (658).

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 81, 298 (301); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 72; Voßkuhle (Fn. 75), JuS 2007, 429 (430f.).

Referendare notwendig als Durchgangsstation zur beruflichen Tätigkeit befinden, nicht hinreichend berücksichtigt werden.<sup>81</sup> Allerdings ist für die Effektivität der Wahrung des Neutralitätsgebotes und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege die Erkennbarkeit nach außen maßgeblich. Für den Adressaten gerichtlicher Entscheidungen ist nicht zwingend erkennbar, ob der Amtsträger sich noch in der Referendarausbildung befindet. Wollen Referendare die Befähigung zum Richteramt erlangen, erscheint es zumutbar, an sie in der Ausbildung vergleichbare Anforderungen zur Neutralitätswahrung zu stellen.

Insgesamt streiten die gewichtigen Güter des staatlichen Neutralitätsgebots, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der negativen Religionsfreiheit Dritter für das Interesse an dem Eingriff in die Glaubensfreiheit der Referendare. Sie sind vorliegend geeignet, das Interesse der R an der uneingeschränkten Ausübung ihrer Glaubensfreiheit während der Ausbildungstätigkeit zu überwiegen, die ihrerseits nur in geringem Maß betroffen ist. Die Vorschriften über das Verbot des Tragens religiöser Symbole sind folglich angemessen.

### (3) Zwischenergebnis

§ 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1 und 2 HBG sind formell und materiell verfassungsmäßig.

### cc. Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallentscheidung

Darüber hinaus müsste auch der Beschluss des Hessischen VGH im Einzelfall verfassungskonform sein. Zweifel an der formellen Verfassungsmäßigkeit der Entscheidung bestehen nicht. In materieller Hinsicht müsste auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Die das gesetzliche Verbot bestätigende Entscheidung dient der Wahrung des staatlichen Neutralitätsgebots, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Schutz der Glaubensfreiheit Dritter. Sie verbietet der R das Tragen eines Kopftuchs während der Verfahrenshandlungen und ist zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich. Die Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter und die Intensität des Eingriffs stimmen mit den Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Eingriffsgrundlage überein.

Da R das Tragen eines Kopftuchs für sich als verbindliche Regel ihres muslimischen Glaubens erachtet, könnte sie das Verbot jedoch besonders hart treffen. Soweit auch An-

gehörige anderer Religionsgemeinschaften Symbole wie etwa das christliche Kreuz tragen, stellt dies meist keine dem islamischen Kopftuchgebot vergleichbare Pflicht dar. Dass das Tragen des Kopftuchs im Islam selbst umstritten ist, spielt hierfür keine Rolle. Doch beschränkt sich das Verbot gegenüber R wie bereits dargelegt auf wenige, spezifizierte Tätigkeiten und berührt sie weder in den weit überwiegenden Ausbildungsabschnitten noch in ihrer privaten Lebensweise. Sie wird auch nicht zur Durchführung der Verfahrenshandlungen unter Verzicht auf das Kopftuch gezwungen. Ihr bleibt die Option, die genannten Tätigkeiten nicht durchzuführen, ohne dass sich dies nachteilig auf ihre Bewertung auswirkt. Sie kann zudem im Zuschauerbereich an Verhandlungen teilnehmen und die praktische Ausbildung der übrigen Referendare ihres Durchgangs beobachten. Im Anschluss an Verhandlungen darf sie an Besprechungen mit dem Ausbilder teilnehmen, wodurch sie ebenfalls praktische Erfahrung sammeln kann. Dass R auf diese Weise zur Entscheidung zwischen der Befolgung religiöser Verhaltensregeln und einer umfassenden praktischen Ausbildung gezwungen wird, wird dadurch abgemildert, dass sie im Normalfall auch keinen Anspruch auf Durchführung der Verfahrenshandlungen hätte. Selbst wenn sie auf diese verzichtete, um nicht gegen das als verbindlich empfundene Kopftuchgebot zu verstoßen, hätte sie die Möglichkeit einer umfassenden Referendarausbildung. Mithin erweist sich auch die Entscheidung des VGH als angemessen und insgesamt als verhältnismäßig. § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG wurden im Einzelfall verfassungsmäßig angewandt.

### c. Zwischenergebnis

Der Eingriff durch das gerichtlich bestätigte Verbot ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

### 4. Ergebnis

Das Grundrecht der Glaubensfreiheit der R aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist durch das Verbot des Tragens religiöser Symbole nicht verletzt.

### III. Verletzung der Ausbildungsfreiheit der R

R könnte in ihrem Grundrecht der Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG verletzt worden sein. Als deutsche Staatsangehörige ist R Trägerin dieses Grundrechts. Der sachliche Schutzbereich umfasst sowohl die freie Wahl der Ausbildungsstätte als auch die Ausübung der im Rah-

<sup>81</sup> Vgl. VG Frankfurt a. M. BeckRS 2017, 112695 Rn. 55ff.; *Leitmeier*, Das Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen, NJW 2020, 1036 (1038).

men der Ausbildung notwendigen Tätigkeiten.<sup>82</sup> Das gerichtlich bestätigte Verbot des Tragens religiöser Symbole gilt für bestimmte sitzungsdienstliche Handlungen, die Teil der Referendarausbildung sind. Es greift in klassischer Weise in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG ein. § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG verbieten es indes der R nicht, die genannten Tätigkeiten auszuüben. Die Vorschriften legen fest, in welchem Umfang sie gleichzeitig Merkmale ihrer religiösen Auffassung tragen darf und regeln daher nur die Ausübung der Berufsausbildung. Solche Eingriffe auf der ersten Stufe bedürfen nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Drei-Stufen-Theorie zu ihrer Rechtfertigung vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls.<sup>83</sup> Eine solche besteht hier in der Wahrung des Neutralitätsgebotes, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Schutz der negativen Glaubensfreiheit Dritter. Das Verbot ist das relativ mildeste Mittel zur Erreichung dieser Ziele, wobei hier aufgrund der niedrigen Eingriffsschwelle geringere Anforderungen bestehen als i.R.v. Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Der Schutz der genannten Verfassungsgüter überwiegt den relativ geringeren Schutz der Ausbildungsausübung. R ist damit nicht in ihrer Ausbildungsfreiheit verletzt.

#### **IV. Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der R**

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann<sup>84</sup> und umfasst das Recht der Darstellung des persönlichen Lebens- und Charakterbildes.<sup>85</sup> Das Tragen eines Kopftuchs ist Ausdruck der Persönlichkeitsentfaltung der R und wird durch das Verbot eingeschränkt. Dieser Eingriff berührt jedoch nur die Selbstdarstellung der R im Bereich der Sozialsphäre, sodass geringe Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen sind.<sup>86</sup> Die Wahrung des Neutralitätsgebotes und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sowie der Schutz der negativen Glaubensfreiheit Dritter erscheinen hinreichend gewichtig, um das Interesse am Schutz des Selbstdarstellungsrechts der R zu überwiegen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht vermittelt insofern keinen weitergehenden Schutz als Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

#### **V. Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit der R**

Das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit tritt als subsidiär gegenüber den Grundrechten aus Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zurück.

#### **VI. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG**

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufgrund einer Benachteiligung der R wegen ihres Geschlechts erscheint bereits aus dem Grund fernliegend, dass § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 1, 2 HBG generell ein weltanschaulich-religiös neutrales Verhalten verlangen und nicht auf eine bestimmte Religion abstellen. § 45 S. 2 HBG konkretisiert diese Pflicht für das Tragen religiöser Kleidungsstücke, doch sind über diese alle sonstigen religiös konnotierten Verhaltensweisen erfasst. Zwar könnte man eine mittelbar-faktische Ungleichbehandlung der R annehmen, da das Verbot typischerweise Frauen muslimischen Glaubens treffen könnte. So verwenden insbesondere Frauen religiöse Kleidungsstücke als Ausdruck ihres Glaubens, was bei muslimischen Männern nicht in vergleichbarer Weise der Fall ist. Diese Annahme lässt sich indes nicht auf sämtliche andere Religionsgemeinschaften übertragen, da diese teilweise auch religiöse Kleidungsstücke für Männer vorsehen. Eine faktische Schlechterstellung der R wegen ihres Geschlechts liegt daher bereits vor diesem Hintergrund fern. Doch selbst bei Annahme einer solchen faktischen Ungleichbehandlung wäre diese ebenfalls zur Wahrung des Neutralitätsgebotes, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und zum Schutz der negativen Glaubensfreiheit Dritter gerechtfertigt.

#### **C. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde der R ist zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

### FAZIT

Mit seinem Beschluss vom 14. Januar 2020 vollzieht das Bundesverfassungsgericht keine Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung zum Kopftuchverbot für Amtsträger. Es konkretisiert vielmehr die Voraussetzungen, unter denen der individuelle Grundrechtsgebrauch während der

<sup>82</sup> BVerfGE 33, 303 (329); BVerfGE 84, 34 (45); Mann in: Sachs (Fn. 28), Art. 12 Rn. 91.

<sup>83</sup> BVerfGE 3, 377 (405); 30, 336 (351); 142, 268 (286ff.).

<sup>84</sup> BVerfGE 35, 202 (220ff.).

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE 54, 148 (155f.); 63, 131 (142); Di Fabio in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 2 Rn. 166; Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 40.

<sup>86</sup> Vgl. Martini, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839 (844).

Amtsausübung dem Staat zuzurechnen ist. Bei dieser Zuordnung handelt es sich, wie aus den Ausführungen des Zweiten Senates in Rn. 89f. hervorgeht, nicht um einen Regelfall, sondern um eine Ausnahme. Während in den meisten Fällen von privater Religionsausübung im dienstlichen Rahmen diese nicht ohne Weiteres zuzurechnen sein dürfte, ist dies aufgrund der besonderen Umstände in der Justiz anders. Als maßgeblichen Unterschied sieht der Zweite Senat das Kriterium der staatlichen Einflussnahme auf den Rahmen der Amtsausübung.

Der Schwerpunkt des Falles liegt in der Begründung der Anwendbarkeit des staatlichen Neutralitätsgebotes als konkrete Schranke des Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Erforderlich ist dabei eine präzise Abgrenzung zum Fall des Kopftuchverbots für Lehrerinnen, aufgrund derer vorliegend eine staatliche Identifizierung begründet werden konnte. Erst diese Identifizierung eröffnet zugleich die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Funktionsfähigkeit der Justiz, der ebenfalls als Schranke fungiert. Das besondere Gewicht dieser verfassungsrechtlich geschützten Güter muss erkannt und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden.

Zu beachten ist ferner die – in der Klausurpraxis eher seltene – Annahme einer Verfassungsbeschwerde vor Rechtswegerschöpfung. Ist wie hier das verwaltungsgerichtliche Hauptsacheverfahren noch nicht abgeschlossen, kann das Bundesverfassungsgericht bei allgemeiner Bedeutung der Verfassungsbeschwerde oder einem schweren, unabwendbaren Nachteil für den Beschwerdeführer sofort entscheiden.

## Schockschaden III

stud. iur. Moritz Stamme

BGH VI ZR 299/17

§§ 280 Abs. 1, 253 BGB; § 823 Abs. 1, 2 BGB

### Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht)

Der Ehemann der K, der Patient P, ließ am 27.04.2012 in dem von der Betreibergesellschaft B betriebenen Krankenhaus eine Darmspiegelung mit Entfernung von Darmpolypen durchführen. Am 28.04.2012 wurde eine Darmperforation festgestellt; in der Folgezeit kam es zu einer Bauchfellentzündung.

Im Jahr 2014 kam ein vom P in Auftrag gegebenes Privatgutachten zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Perforation des Darms zwar um eine schicksalhafte Komplikation der Darmspiegelung handle, es aber grob fehlerhaft gewesen sei, den Darmwanddefekt drei Tage nach der Perforation im Stadium der Entzündung laparoskopisch zu übernähen. Ein weiteres, für die Krankenkasse erstelltes Gutachten stellte ebenfalls Behandlungsfehler fest. Die Operation sei – so dieses Gutachten – verspätet und unter Anwendung einer fehlerhaften Operationstechnik durchgeführt worden. P einigte sich schließlich mit dem Haftpflichtversicherer der B auf eine Abfindungszahlung i.H.v. EUR 90.000,00.

Im Wesentlichen mit der Behauptung, P sei in dem von der B betriebenen Krankenhaus grob fehlerhaft behandelt worden und habe deshalb mehrere Wochen in akuter Lebensgefahr geschwebt, weshalb sie – die K – massive psychische Beeinträchtigungen in Form eines depressiven Syndroms mit ausgeprägten psychosomatischen Beschwerden und Angstzuständen erlitten habe, nimmt K die B auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch.

### Hat K einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens gegen B?

#### Bearbeiterhinweis:

In der originalen Fallkonstellation begehrte K zusätzlich zum Ersatz des immateriellen Schadens noch die Feststellung, dass B für etwaige materielle und immaterielle Schäden, die schon entstanden waren oder noch entstehen, Schadensersatz zu leisten hat. Dieser Feststellungsantrag ist jedoch nicht zu prüfen.

### EINORDNUNG

Diese Entscheidung des VI. Zivilsenats des BGH greift einen Klassiker des Deliktsrechts auf. Die sogenannten „Schockschäden“ treten vor allem infolge von Verkehrsunfällen auf. Jedoch sind auch andere Fallkonstellationen denkbar. Mit dieser Entscheidung hat der BGH seine Rechtsprechung auf eine Konstellation ausgeweitet, bei der der Anlass für den Schock kein Unfallereignis, sondern ein ärztlicher Behandlungsfehler war. In seinen Ausführungen zu der entscheidenden Frage, ob ein Behandlungsfehler einem Unfall gleichzusetzen ist, erörtert der Senat diese Problematik nur unzureichend. Denn Ärzte sind *per se* keine „Unfallver-

ursacher“; lediglich ein grober Behandlungsfehler ist völlig atypisch und kann aufgrund des unerwarteten Eintritts als „Behandlungsunfall“ qualifiziert werden.<sup>1</sup> Dennoch macht diese Argumentation und Fallkonstellation der Schockschäden diese Entscheidung für Examenskandidaten und Examenskandidatinnen sehr interessant.

### ORIENTIERUNGSSÄTZE

Die zum „Schockschaden“ entwickelten Grundsätze<sup>2</sup> sind auch in dem Fall anzuwenden, in dem das haftungsbegründende Ereignis kein Unfallereignis im eigentlichen Sinne, sondern eine fehlerhafte ärztliche Behandlung ist. Eine

<sup>1</sup> Klose, NJW 2019, 2387 (2389), Anm. zu BGH, Urteil vom 21.05.2019 – VI ZR 299/17.

<sup>2</sup> Vgl. nur BGH NJW 2015, 2246 (2247); NJW 2015, 1451 (1451).

Rechtfertigung dafür, die Ersatzfähigkeit von „Schockschäden“ im Falle ärztlicher Behandlungsfehler weiter einzuschränken als im Falle von Unfallereignissen, besteht grundsätzlich nicht.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

I. Schuldverhältnis

### 1. Leistungsnähe des Dritten

2. Schutzinteresse des Gläubigers
3. Erkennbarkeit für den Schuldner
4. Schutzbedürftigkeit des Dritten

II. Pflichtverletzung

III. Vertretenmüssen

IV. Schaden

V. Ergebnis

B. Anspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB

### I. Rechts- oder Rechtsgutverletzung

II. Verletzungshandlung

III. Haftungsbegründende Kausalität

1. Äquivalenz

2. Adäquanz

### 3. Schutzzweck der Norm

4. Zwischenergebnis

IV. Rechtswidrigkeit

V. Verschulden

VI. Rechtsfolge

1. Schaden

2. Haftungsausfüllende Kausalität

VII. Ergebnis

C. Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

## A. Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B gemäß §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen

des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter haben.

### I. Schuldverhältnis

Zunächst müsste ein Schuldverhältnis zwischen K und B vorliegen. Ein Schuldverhältnis zwischen K und B direkt ist nicht ersichtlich. Lediglich zwischen P und B bestand ein Behandlungsvertrag gemäß § 630a Abs. 1 BGB.<sup>3</sup> Allerdings könnte K in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages zwischen P und B einbezogen worden sein. Dafür müssten die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter (Leistungsnähe, Schutzinteresse, Erkennbarkeit und Schutzbedürftigkeit)<sup>4</sup> erfüllt sein.

#### 1. Leistungsnähe des Dritten

Zunächst müsste K in einer gewissen Nähe zu den Leistungen des Behandlungsvertrages zwischen P und B stehen. Eine solche Leistungsnähe liegt vor, wenn der Dritte typischerweise mit der geschuldeten Leistung in Berührung kommt; soweit es sich um Schutzpflichten zugunsten von Personen oder Eigentum handelt, muss der Dritte sich durch Vermittlung oder mit Willen des primären Gläubigers im Leistungsbereich üblicherweise aufhalten oder sonst in gleicher Weise den Gefahren der Leistung ausgesetzt sein.<sup>5</sup> Anders formuliert geht es um die Frage, ob ein spezifischer Risikozusammenhang zwischen der Verletzung der Interessen des Dritten und der mangelhaften Erfüllung von Vertragspflichten besteht. Bejaht wird dieser insbesondere, wenn die Gefährdung Dritter eine typische Begleiterscheinung der mangelhaften Vertragserfüllung ist.<sup>6</sup>

Zu diskutieren ist somit, ob die Gefährdung von Angehörigen eine typische Begleiterscheinung bei mangelhafter Leistung im Rahmen von Behandlungsverträgen darstellen kann. Die Gesundheit der Eheleute ist für das gemeinsame Zusammenleben von zentraler Bedeutung, sodass die ärztliche Versorgung zum Lebensbedarf der Familie (§ 1357 Abs. 1 BGB) gehört.<sup>7</sup> Somit werden die Eheleute aus den ehelichen Verpflichtungen nach § 1357 Abs. 1 BGB in Mithaftung für Verpflichtungen aus notwendigen medizini-

<sup>3</sup> Bei einer stationären Behandlung ist mangels genauerer Angaben von einem Behandlungsvertrag gemäß § 630a Abs. 1 BGB in Form eines sogenannten totalen Krankenhausvertrages zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger auszugehen. Vgl. *Wagner* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 630a Rn. 28.

<sup>4</sup> *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, 43. Aufl. 2019, § 33 Rn. 7ff.

<sup>5</sup> BGH NJW 1995, 1739; NJW 1996, 2927; *Leyens*, Expertenhaftung: Ersatz von Vermögensschäden im Dreipersonenverhältnis nach Bürgerlichem Recht, JuS 2018, 217 (220); *Schwab*, Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, Teil 2. Die Einbeziehung Dritter nach § 311 III BGB, JuS 2002, 872 (873f.).

<sup>6</sup> *Mäsch* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2020, § 328 Rn. 171.

<sup>7</sup> *Brudermüller* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Aufl. 2019, § 1357 Rn. 14.

schen Behandlungen genommen.<sup>8</sup> Dadurch kommen die Eheleute schon bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung unmittelbar in Berührung mit der geschuldeten Leistung. Bei Behandlungsverträgen wird daraus grundsätzlich nicht automatisch ein Familienangehöriger mit in den Schutzbereich einbezogen.<sup>9</sup> In Ausnahmefällen könnte das aber möglich sein. Bei lebensnaher Betrachtung ist in Fällen mangelhafter Leistung (groben ärztlichen Behandlungsfehlern) die psychische Gefährdung von Angehörigen, insbesondere der Ehepartner, eine typische Begleiterscheinung.

Alleine durch den Umstand, dass zwischen P und B ein Behandlungsvertrag besteht, wird K nicht in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages einbezogen. Anders stellt es sich dar, wenn die durch B geschuldete Leistung (die Darmspiegelung mit Entfernung von Darmpolypen bei P) mangelhaft durchgeführt wird. Die pathologischen Auswirkungen der Angst um P, der durch den groben ärztlichen Behandlungsfehler wochenlang in Lebensgefahr geschwebt hat, sind eine typische Begleiterscheinung der mangelhaften Vertragserfüllung durch B. Mithin liegt ein spezifischer Risikozusammenhang zwischen der Verletzung der Interessen der K und der mangelhaften Erfüllung der Vertragspflichten aus dem Behandlungsvertrag durch B. Daher liegt die Leistungsnähe der K vor.

## 2. Schutzinteresse des Gläubigers

Weiterhin müsste der P ein Interesse an der Einbeziehung der K und somit deren Schutz haben (auch: Gläubignähe). Das Schutzinteresse liegt vor, wenn die Leistung bestimmungsgemäß dem Dritten zugutekommen soll und der Gläubiger ein besonderes Interesse an der Einbeziehung hat; Gegenläufigkeit von Interessen schließt die Gläubignähe nicht aus.<sup>10</sup> Die Leistung der B, also die Behandlung des P, soll bestimmungsgemäß die Gesundheit des P verbessern und betrifft somit einen zentralen Bereich des ehelichen Zusammenlebens. Damit kommt sie auch der K zugute. Folglich hat P ein Interesse daran, die K einzubeziehen.

### Anmerkung:

Früher hat die Rechtsprechung darauf abgestellt, ob der Gläubiger für das „Wohl und Wehe“ des Dritten zumindest mitverantwortlich war (BGH NJW 1969, 289). Mittlerweile ist in der neueren Rechtsprechung diese Formel erweitert worden. Danach soll der Dritte in den Schutzbereich einbezogen werden, wenn der Gläubiger ein Interesse an der Einbeziehung hat und der Vertrag dahingehend ausgelegt werden kann (BGH NJW 1995, 392; VersR 1989, 375). Dieser Entwicklung folgend werden immer weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen der Gläubignähe gestellt (Brockmann/Künnen, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation, JA 2019, 729 (732)).

## 3. Erkennbarkeit für den Schuldner

Die Leistungsnähe der K müsste für B erkennbar gewesen sein. Für den Schuldner muss sein Vertrags- und Haftungsrisiko bei Abschluss des Vertrages überschaubar und kalkulierbar gewesen sein.<sup>11</sup> Bei lebensnaher Betrachtung ist ein Angehöriger eines stationär behandelten Patienten typischerweise von einer fehlerhaften Vertragserfüllung direkt betroffen. Spätestens als P aufgrund der fehlerhaft durchgeführten Darmspiegelung erneut operiert werden musste, muss für die B erkennbar gewesen sein, dass die K als Ehefrau des P ebenfalls von der fehlerhaften Vertragserfüllung betroffen war. Dieses Risiko war für B überschaubar. Die Leistungsnähe der K war für B erkennbar.

## 4. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Schließlich müsste K auch schutzbedürftig sein. Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn der Dritte über keinen eigenen, gleichwertigen Schadensersatzanspruch verfügt; in Betracht kommen hier insbesondere Ansprüche aus Vertrag, Vorvertrag, Amtshaftung oder Drittschadensliquidation.<sup>12</sup> K steht in keinem vertraglichen Verhältnis zu B. Ein anderer Anspruch außerhalb des Deliktsrechts ist nicht ersichtlich. Mithin ist K schutzbedürftig.

## 5. Zwischenergebnis

Zwischen K und B liegt folglich ein Schuldverhältnis in Form eines Behandlungsvertrags gemäß § 630a Abs. 1 BGB i.V.m den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zu-

<sup>8</sup> Spickhoff in: Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630a BGB Rn. 34.

<sup>9</sup> Wagner in: MüKoBGB (Fn. 3), § 630a Rn. 20.

<sup>10</sup> BGH NJW 1996, 2927; NJW 1995, 1739; Stadler in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch BGB (Kommentar), 17. Aufl. 2018, § 328 Rn. 24f.

<sup>11</sup> BGH NJW 2004, 3035 (3038).

<sup>12</sup> BGH NJW 2014, 2577; Preuß in: Nomos Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, vor §§ 328ff. Rn. 18.

gunsten Dritter vor.

## II. Pflichtverletzung

B müsste eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag verletzt haben. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn es im Schuldrecht zu einer Leistungsstörung gekommen ist.<sup>13</sup> In Betracht kommt hier die Schlechtleistung einer Leistungspflicht. Die nach dem Behandlungsvertrag geschuldete Operation wurde durch einen bei B angestellten Arzt grob fehlerhaft durchgeführt. Somit hat B eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag verletzt.

## III. Vertretenmüssen

Weiterhin müsste B die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Regelmäßig hat der Schuldner eigenes Verschulden gemäß § 276 BGB und das seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB zu vertreten. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den rein tatsächlichen Umständen mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.<sup>14</sup> P wurde im von B betriebenen Krankenhaus von einem angestellten Arzt behandelt. Zur Erfüllung der Pflichten aus dem zwischen B und P geschlossenen Behandlungsvertrag gemäß § 630a BGB wird der behandelnde Arzt mit dem Willen der B tätig. Folglich ist der behandelnde Arzt Erfüllungsgehilfe der B. B muss sich das Verschulden des behandelnden Arztes zurechnen lassen und hat somit die Pflichtverletzung zu vertreten.

## IV. Rechtsfolge

K hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens, §§ 249ff. BGB. Gemäß § 253 Abs. 2 BGB steht den Geschädigten bei sogenannten immateriellen Schäden, hier die Verletzung der Gesundheit, ein Anspruch auf eine billige Entschädigung in Geld (angemessenes Schmerzensgeld) zu.

## V. Ergebnis

K hat folglich einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B gemäß § 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter.

### Anmerkung:

Im Bereich der deliktischen Ansprüche hat der Gesetzgeber in Folge des Absturzes eines Flugzeuges von Germanwings den § 844 Abs. 3 S. 1 BGB eingeführt, um den Hinterbliebenen ein Schmerzensgeld im Falle des Todes eines Angehörigen zu gewähren.

Als *lex specialis* wäre dieser deliktische Anspruch vor § 823 BGB zu prüfen. Aber obwohl die Rechtsfolge (Schmerzensgeld) hier passend erscheint, ist P offensichtlich nicht gestorben, sodass der Anspruch gemäß § 844 Abs. 3 S. 1 BGB nicht einschlägig ist.

Der Ausnahmecharakter dieser Norm illustriert aber die sehr restriktive Behandlung von Ersatzansprüchen immaterieller Schäden nur indirekt durch ein Delikt betroffener Personen (*Mäsch*, Schuldrecht BT: Schockschaden, JuS 2019, 1022).

### B. Anspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB

Gleichwohl kommt ein Anspruch der K gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB auf Ersatz ihres materiellen und immateriellen Schadens in Betracht. Dafür müssten die Voraussetzungen des haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Tatbestands erfüllt sein.

### I. Rechts- oder Rechtsgutverletzung

Zunächst müsste ein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht oder Rechtsgut der K verletzt worden sein. Vorliegend könnte die Gesundheit der K verletzt worden sein. Eine Gesundheitsverletzung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden (krankhaften, pathologischen) Zustandes.<sup>15</sup> Dabei kann es sich auch um eine psychische Störung handeln.<sup>16</sup>

Im Bereich der Trauerreaktionen erfährt dieser Grundsatz allerdings eine Einschränkung. Neben der pathologischen Fassbarkeit ist für die sogenannten Schockschäden erforderlich, dass die Beschwerden „über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen Hinterbliebene bei der Benachrichtigung vom tödlichen Unfall eines Angehörigen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind“.<sup>17</sup> K erlitt massive psychische Beeinträchtigungen in Form eines depressiven Syndroms mit ausgeprägten psychosomatischen

<sup>13</sup> Creifelds, Rechtswörterbuch, 22. Aufl. 2017, S. 1013.

<sup>14</sup> BGHZ 13, 113; 98, 334; 100, 122; 152, 383.

<sup>15</sup> Förster in: BeckOK BGB, 54. Edition, Stand: 01.05.2020, § 823 Rn. 110.

<sup>16</sup> BGH NJW 2014, 2190; NJW 2007, 2764.

<sup>17</sup> BGH NJW 2019, 2387 (2387); NJW 2015, 2246 (2247); NJW 2015, 1451 (1451).

Beschwerden und Angstzuständen. Eine dauerhafte Schädigung der K ist zwar nicht ersichtlich, dennoch waren die Auswirkungen der psychischen Beeinträchtigung pathologisch fassbar und gingen aufgrund ihrer Intensität auch über das erfahrungsgemäße Maß bei Trauerreaktionen hinaus. Folglich stellt die psychische Beeinträchtigung der K eine Rechtsgutverletzung in Form einer Gesundheitsverletzung dar.

#### **Anmerkung:**

Der BGH stellt in seinem Urteil fest, dass das Berufungsgericht zurecht die Grundsätze über Schockschäden auf diesen Fall angewandt habe, obwohl das haftungsbegründende Ereignis kein Unfall im eigentlichen Sinne, sondern eine fehlerhafte ärztliche Behandlung ist. Es sei kein Grund erkennbar, weshalb die psychische Gesundheitsverletzung der Angehörigen in solchen Fällen anders zu behandeln wäre.

## **II. Verletzungshandlung**

Ferner ist eine Verletzungshandlung der B erforderlich. Eine solche liegt in jedem der Bewusstseinskontrolle und der Willenslenkung unterliegenden beherrschbaren Verhalten, welches in einem Tun oder Unterlassen seinen Ausdruck finden kann.<sup>18</sup>

Vorliegend kommt als haftungsbegründende Verletzungshandlung die der B zurechenbare fehlerhafte ärztliche Behandlung in Betracht. Diese könnte der B über § 31 BGB analog zugerechnet werden. Im Bereich der deliktischen Unternehmenshaftung ist eine Ausdehnung des Kreises der verfassungsmäßigen Vertreter angezeigt.<sup>19</sup> Als „Repräsentant“ der Körperschaft, für dessen Verhalten diese unbedingt einzustehen hat, wird jedermann angesehen, dem „durch allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind“.<sup>20</sup> Entscheidend ist dabei, dass für den Repräsentanten ein Verkehrsschutz im Außenverhältnis<sup>21</sup> besteht, was bei Chefarzten in Kliniken als gegeben angesehen wird.<sup>22</sup> Die festgestellte fehlerhafte ärztliche Be-

handlung des P durch die behandelnden Ärzte ist demnach der B als Trägerin des Klinikums gemäß § 31 BGB analog zuzurechnen. Eine zurechenbare Verletzungshandlung der B liegt somit vor.

#### **Anmerkung:**

Der BGH verliert kein Wort darüber wie genau die fehlerhafte ärztliche Behandlung der B zurechenbar ist, sodass lediglich eine Zurechnung des fremden Verhaltens über § 31 BGB analog erfolgen muss. Eine nähere Prüfung der Analogie ist mangels Angaben zur Rechtsform der B und dem Anstellungsverhältnis des behandelnden Arztes nicht möglich.

## **III. Haftungsbegründende Kausalität**

Zudem muss die Verletzungshandlung auch äquivalent und adäquat kausal zur Rechtsgutverletzung beigetragen haben und dem Schutzzweck der Norm unterfallen.

### **1. Äquivalenz**

Äquivalent kausal ist dabei jede Ursache, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Geschehensablauf ein anderer gewesen wäre, das Ereignis also nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre.<sup>23</sup> Hätte P, der Ehemann der K, nicht infolge einer grob fehlerhaften Behandlung durch einen bei B angestellten Arzt über mehrere Wochen in akuter Lebensgefahr geschwebt, hätte K keine pathologische, psychische Beeinträchtigung erlitten. Das der B zurechenbare Verhalten war folglich äquivalent kausal für die Gesundheitsverletzung der K.

### **2. Adäquanz**

Die Adäquanz dient der Einschränkung der sonst uferlosen äquivalenten Kausalität und lässt derartige Rechts- oder Rechtsgutverletzungen aus der Kausalität herausfallen, welche außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit liegen.<sup>24</sup> Es liegt nicht außerhalb der üblichen Lebenserfahrung, dass jemand, dessen bzw. deren Ehepartner wochenlang in akuter Lebensgefahr geschwebt hat, eine behandlungsbedürftige, psychische Schädigung erleidet.

<sup>18</sup> Sprau in: Palandt (Fn. 7), § 823 Rn. 2.

<sup>19</sup> Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 102.

<sup>20</sup> BGH NJW 2013, 3366 (3367).

<sup>21</sup> BGH NJW 1977, 2259 (2260).

<sup>22</sup> BGH NJW 1987, 2925; NJW 1981, 633 (634); NJW 1980, 1901 (1902); OLG Brandenburg VersR 2000, 1283 (1284).

<sup>23</sup> Teichmann in: Jauernig (Fn. 10), § 823 Rn. 22.

<sup>24</sup> Grünberg in: Palandt (Fn. 7), § 249 Rn. 26.

Das der B zurechenbare Verhalten war folglich auch adäquat kausal für die Gesundheitsverletzung der K.

### 3. Schutzzweck der Norm

Letztlich müsste die Gesundheitsverletzung der K vom Schutzzweck der verletzten Norm gedeckt sein. Das ist der Fall, wenn die Verletzung des Interesses in den sachlichen Schutzbereich der Norm und der Anspruchsteller in den von der Norm geschützten Personenkreis fällt.<sup>25</sup> Die psychische Beeinträchtigung der K ist nicht unmittelbar durch ein Verhalten der B entstanden, sondern erst durch die wochenlange lebensgefährliche Situation, in der sich P befand. Ob B der Verletzungserfolg auch objektiv zugerechnet werden kann, ist daher zweifelhaft.

*„Freilich bedarf der Zurechnungszusammenhang gerade in Fällen psychischer Gesundheitsbeeinträchtigungen einer gesonderten Prüfung.<sup>26</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der verletzten Norm begrenzt wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist. Hierfür muss die Norm den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken; die geltend gemachte Rechtsgutsverletzung bzw. der geltend gemachte Schaden müssen also auch nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen. Daran fehlt es in der Regel, wenn sich eine Gefahr realisiert hat, die dem allgemeinen Lebensrisiko und damit dem Risikobereich des Geschädigten zuzurechnen ist. Der Schädiger kann nicht für solche Verletzungen oder Schäden haftbar gemacht werden, die der Betroffene in seinem Leben auch sonst üblicherweise zu gewärtigen hat. Insofern ist eine wertende Betrachtung geboten.“<sup>27,28</sup>*

*„Für den [...] Bereich der so genannten „Schockschäden“ ist in der höchststrichterlichen Rechtsprechung darüber hinaus anerkannt, dass es an dem für eine Schadensersatzpflicht erforderlichen Schutzzweckszusammenhang fehlt, wenn der Dritte, auf dessen Tod oder schwere Verletzung die psychischen Beeinträchtigungen des Betroffenen zurückgehen, diesem nicht persönlich nahesteht; auch insoweit verwirk-*

*licht sich allein ein – dem Schädiger nicht zurechenbares – allgemeines Lebensrisiko.“<sup>29,30</sup>*

Vor einer Behandlung hat der behandelnde Arzt gemäß § 630e BGB mit dem Patienten ein Aufklärungsgespräch durchzuführen, bei dem wesentliche Umstände wie insbesondere Risiken der Maßnahme besprochen werden. Das ein – wenn auch abwegiges – Risiko im Nachgang einer Operation auftritt, liegt somit im allgemeinen Lebensrisiko, mit dem die K hätte rechnen müssen. Anders verhält es sich mit den anschließenden Behandlungen, die grob fehlerhaft waren. In deren Folge schwebte P wochenlang in Lebensgefahr, weshalb K massive psychische Beeinträchtigungen in Form eines depressiven Syndroms mit ausgeprägten psychosomatischen Beschwerden und Angstzuständen erlitt. Bei wertender Betrachtung erscheint es nicht gerechtfertigt, dieses realisierte Risiko allein der Sphäre der K zuzurechnen.

*„Zwar erfasst der [...] Zurechnungszusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und der akut lebensgefährlichen Erkrankung des P nur einen Teilaspekt des für eine Haftung der B gegenüber der K erforderlichen Zurechnungszusammenhangs zwischen Behandlungsfehler einerseits und psychischer Gesundheitsverletzung der K andererseits. Die danach noch bestehende „Lücke“ zwischen der Rechtsgutsverletzung beim P und der Gesundheitsverletzung der K wird aber durch die Grundsätze der so genannten „Schockschadensrechtsprechung“ geschlossen. Insbesondere bestand zwischen dem P und der K als seiner Ehefrau die danach erforderliche besondere personale Beziehung. Eine Rechtfertigung dafür, die Ersatzfähigkeit so genannter „Schockschäden“ im Falle ärztlicher Behandlungsfehler weiter einzuschränken als im Falle von Unfallereignissen, ist [...] auch insoweit nicht zu erkennen.“<sup>31</sup>*

Mithin ist die Gesundheitsverletzung der K auch vom Schutzzweck der Norm gedeckt.

### 4. Zwischenergebnis

Somit ist die haftungsbegründende Kausalität gegeben.

<sup>25</sup> Wagner in: MüKoBGB (Fn. 19), § 823 Rn. 71.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3250 (3251 Rn. 13); NJW 2014, 2190 (2191 Rn. 9); NJW 2007, 2764 (2765 Rn. 13ff.); Stöhr, Psychische Gesundheitsschäden und Regress, NZV 2009, 161 (163).

<sup>27</sup> Vgl. nur BGH NJW 2018, 3250; BGH NJW 2014, 2189 (2190 Rn. 10 m.w.N.).

<sup>28</sup> BGH NJW 2019, 2387 (2388).

<sup>29</sup> BGH NJW 2012, 1730 (1730 Rn. 8 m.w.N.); zur Gegenmeinung vgl. etwa Huber, LMK 2012, 336116.

<sup>30</sup> BGH NJW 2019, 2387 (2388).

<sup>31</sup> BGH NJW 2019, 2387 (2389).

#### IV. Rechtswidrigkeit

Auf der Grundlage des erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeitskonzepts wird die Rechtswidrigkeit durch die Verwirklichung des Tatbestandes indiziert.<sup>32</sup> Rechtfertigungsgründe zugunsten der B sind nicht ersichtlich. Mithin ist die Rechtswidrigkeit gegeben.<sup>33</sup>

#### V. Verschulden

Letztlich muss B die Gesundheitsverletzung der K auch verschuldet haben. Nach der Wertung des § 276 BGB, welche auch auf § 823 BGB Anwendung findet,<sup>34</sup> setzt dies ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des B voraus. Aufgrund des groben Behandlungsfehlers liegt ein der B zuzurechnender Verstoß (§ 31 BGB analog) gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vor. Folglich hat B die Gesundheitsverletzung der K auch fahrlässig verschuldet.

#### VI. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge sieht § 823 Abs. 1 BGB den Ersatz des entstandenen Schadens nach den §§ 249ff. BGB durch den Schädiger vor. Dies setzt voraus, dass sowohl ein Schaden entstanden als auch die haftungsausfüllende Kausalität gegeben sind.

#### 1. Schaden

Zunächst müsste ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede Beeinträchtigung eines Interesses, wobei es sich um vermögenswerte oder rein ideelle Interessen handeln kann.<sup>35</sup> K erlitt ein depressives Syndrom mit ausgeprägten psychosomatischen Beschwerden und Angstzuständen infolge einer schweren psychischen Belastung, die medizinischer Behandlung bedurfte. Folglich liegt ein Schaden in Form einer Beeinträchtigung rein ideeller Interessen vor.

#### 2. Haftungsausfüllende Kausalität

Darüber hinaus müsste die haftungsausfüllende Kausalität gegeben sein. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsgutverletzung kausal für den entstandenen Schaden, also die Gesundheitsverletzung ist.<sup>36</sup> Hätte die K keine Gesundheitsverletzung in Form einer schweren psychischen Belastung erlitten, hätte es keine medizinische Behandlung ihres depressiven Syndroms und ihrer Angstzustände bedurft. Die haftungs-

ausfüllende Kausalität ist mithin gegeben.

#### 3. Zwischenergebnis

Somit ist B zum Ersatz des entstandenen Schadens nach den §§ 249ff. BGB verpflichtet. B hat wegen der vorliegenden Gesundheitsverletzung der K gemäß § 253 Abs. 2 BGB eine billige Entschädigung in Geld (Schmerzensgeld) zu zahlen.

#### VII. Ergebnis

Im Ergebnis steht K ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Ersatz ihres immateriellen Schadens zu.

#### C. Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Außerdem steht K noch ein Anspruch gegen B aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB auf Schadensersatz zu. Denn bei § 229 StGB handelt es sich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB; die Ausführungen unter B. zu § 823 Abs. 1 BGB gelten sinngemäß.

### FAZIT

Obleich das Gericht in dem vorliegenden Fall zu einem interessengerechten Ergebnis kommt, zeigt die gutachterliche Auseinandersetzung, dass der Sachverhalt mehr Diskussionspotential bietet, als den vom Gericht aufgegriffenen deliktischen Anspruch. Seiner eigenen Tradition in Arzthaftungsfällen folgend geht der BGH keineswegs auf vertragliche Ansprüche der K ein, sondern belässt es bei der Prüfung deliktischer Ansprüche.<sup>37</sup>

Für den Einsatz im juristischen Studium und insbesondere für die Examensvorbereitung bietet der Sachverhalt einen Klassiker im neuen Gewand. Zusätzlich zu den deliktischen Ansprüchen ist dann aber auch auf etwaige vertragliche Ansprüche einzugehen. Unter Umständen kann der Fall noch um die Prüfung eines materiellen Schadens (private Behandlungskosten, Medikamentenkosten etc.) erweitert werden. Dann müsste im Bereich des Schadens und der haftungsausfüllenden Kausalität zwischen materiellen und immateriellen Schäden differenziert werden.

<sup>32</sup> *Sprau* in: Palandt (Fn. 7), § 823 Rn. 24.

<sup>33</sup> Im Falle des Unterlassens müsste die Rechtswidrigkeit im Rahmen der pflichtwidrigen Verletzungshandlung positiv festgestellt werden; so auch *Sprau* in: Palandt (Fn. 7), § 823 Rn. 26.

<sup>34</sup> BGH NZM 2019, 893 (893).

<sup>35</sup> *Oetker* in: Münchener Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2016, § 249 Rn. 16.

<sup>36</sup> BGH NJW 2012, 2024 (2024f.).

<sup>37</sup> *Mäsch*, Schuldrecht BT: Schockschaden, JuS 2019, 1022.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, ZIVILRECHT

**BGH VI ZR 252/19 und VI ZR 354/19**

Es steht wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer gleich, wenn ein Fahrzeughersteller im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen der Fahrzeuge durch arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts zu erschleichen und die Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt ausnutzt. Bestehen hinreichende Anhaltspunkte für die Kenntnis zumindest eines vormaligen Mitglieds des Vorstands von der getroffenen strategischen Entscheidung, trägt der beklagte Hersteller die sekundäre Darlegungslast für die Behauptung, eine solche Kenntnis habe nicht vorgelegen. Wird jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags gebracht, den er sonst nicht geschlossen hätte, kann er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht.

**BGH VI ZR 308/19**

Schaltet sich ein bei dem Versicherer des Schädigers angestellter KfZ-Sachverständiger unter Inanspruchnahme seiner Sachkunde zum Nachteil des Geschädigten in die Reparaturleistung der von diesem mit der Schadensbehebung beauftragten Werkstatt ein, kann dies seine deliktische (Mit-)Haftung für einen auf der mangelhaften Reparatur beruhenden weiteren Schaden begründen. Veranlasst der Sachverständige durch seine Erklärung gegenüber dem Werkunternehmer, die Erneuerung von Zusatzantriebsriemen sei überflüssig, das Unterlassen dieser Maßnahme, was dann wiederum zum Eintritt eines Motorschadens führt, so hat er die darin liegende Verletzung des Eigentums mittelbar verursacht. Zwar müsste ihn gegenüber dem mittelbar Geschädigten eine Rechtspflicht zum (fehlerfreien) Handeln getroffen haben. Eine solche ist trotzdem zu bejahen, weil der Eigentümer des Pkw, dessen geplante Reparatur der Sachverständige zu begutachten hat, mit dem Ergebnis dieser Überprüfung bestimmungsgemäß in Berührung kommt.

**BGH VI ZR 5/20**

Für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB ist in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln und das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen. Dies wird insbesondere dann bedeutsam, wenn die erste potenziell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat. Im Falle der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB wird das gesetzliche Schuldverhältnis erst mit Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten begründet, weil der haftungsbegründende Tatbestand des § 826 BGB die Zufügung eines Schadens zwingend voraussetzt. Deshalb kann im Rahmen des § 826 BGB ein Verhalten, das sich gegenüber zunächst betroffenen (anderen) Geschädigten als sittenwidrig darstellte, aufgrund einer Verhaltensänderung des Schädigers vor Eintritt des Schadens bei dem konkreten Geschädigten diesem gegenüber nicht mehr als sittenwidrig zu werten sein. Aufgrund der vorherigen Verlautbarung des sogenannten Dieselskandals und ihrer als sicher vorherzusehenden medialen Verbreitung im vorliegenden Fall kann daher nicht mehr von einer Ausnutzung einer diesbezüglichen Arglosigkeit der Fahrzeugkäufer ausgegangen werden; hierauf konnte das geänderte Verhalten des Schädigers nicht mehr gerichtet sein.

**BGH VIII ZR 163/18 und VIII ZR 270/18**

An die Stelle einer nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksamen Klausel zur Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter bei einer ohne angemessenen Ausgleich unrenoviert bzw. renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung tritt nach § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Bei einer wesentlichen Verschlechterung des anfänglichen Zustandes kommt ein Instandhaltungsanspruch des Mieters in Betracht. Da die (Wieder-)Herstellung dieses ursprünglichen Zustands i.d.R. nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist und deshalb nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien liegt, ist in diesen Fällen allein eine Durchführung von Schönheitsreparaturen sach- und interessengerecht, durch welche der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben nach § 242 BGB kann der Mieter eine solche Renovierung verlangen, muss sich aber wegen der dadurch bewirkten Besserstellung gegenüber dem unrenovierten (vertragsgemäßen) Zustand bei Mietbeginn in angemessenem – i.d.R. hälftigem – Umfang an den erforderlichen Kosten beteiligen.

**OLG Düsseldorf I-21 U 46/19**

Eine auf Anweisung der Stadt errichtete Wertstoffsammelstelle begründet keinen Sachmangel der Kaufsache im Sinne des § 437 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB einer in der Nähe liegenden und vom Bauträger erworbenen Eigentumswohnung, weil die damit einhergehende Beeinträchtigung als sozialadäquat hinzunehmen ist, wobei zur Bestimmung der Sozialadäquanz auch der Rechtsgedanke des § 906 BGB heranzuziehen ist. Der Bauträger ist darüber hinaus nicht verpflichtet, den Erwerber der Eigentumswohnung vor Vertragsschluss über die geplante Aufstellung der Wertstoffsammelstelle aufzuklären, wenn es sich um eine für jedermann öffentlich zugängliche Information handelt, die jederzeit bei der Stadt abrufbar war, sodass auch ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausscheidet.

**LG Koblenz 13 S 6/20**

Ein Nachbar darf über die nachbarrechtlich zulässige Höhe von Zaun und Hecke hinaus einen Zaun errichten und die Hecke wachsen lassen, wenn sich sein Grundstücksnachbar selbst nicht an die zulässigen Höhen hält. Für die zulässige Höhe von Zäunen ist in dem dem Landgericht vorliegenden Fall grundsätzlich § 39 des rheinlandpfälzischen Landesnachbarrechtsgesetzes (LNRG RP) maßgebend. Diese Vorschrift sieht zunächst nur einen Anspruch auf Errichtung eines Zauns vor. Ein solcher muss sich freilich, falls bauordnungsrechtlich in der Ortschaft nichts anderes vorgeschrieben ist, nach der dortigen Ortsüblichkeit richten. Wenn eine solche Ortsüblichkeit nicht feststellbar ist, gilt ein 1,20m hoher Zaun aus festem Maschendraht als ortsüblich. Entspricht eine vorhandene Einfriedung durch einen Zaun nicht den vorgenannten Maßgaben, ergibt sich hieraus umgekehrt ein Abwehrrecht aus § 1004 BGB i.V.m. § 39 LNRG RP gegenüber dem vorhandenen Zaun. Allerdings gilt zwischen Grundstücksnachbarn für das notwendige Zusammenleben das sogenannte nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, demzufolge Nachbarn zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet sind. Diese Pflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme können zur Beschränkung bis hin zum Ausschluss bestehender nachbarrechtlicher Rechte führen, wenn über die Anwendung der gesetzlichen Regelung hinaus ein billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Nachbarn dringend geboten ist. Dies führt in diesem Fall dazu, dass der Abwehranspruch aus § 1004 BGB i.V.m. § 39 LNRG RP beschränkt wird.

**LG Frankfurt a.M. 2-20 O 77/18**

Der Verkäufer muss sich nicht daran festhalten lassen, dass ihm bei der Eingabe seines Angebots bei eBay ein Fehler unterlaufen ist, indem er ein Angebot zum Sofort-Kauf abgegeben hat, wenn sich aus dem Kontext des Angebots klar ergibt, dass eine Versteigerung gewollt war. Maßgebend für die Auslegung einer Willenserklärung ist auch im Falle eines eBay-Angebots § 133 BGB, wonach der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen ist; die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay sind dagegen für die Auslegung irrelevant. Heißt es im Angebot: „Fahrzeug muss innerhalb drei Tagen nach Auktionsende - vom Höchstbietenden abgeholt und bar vor Ort gezahlt werden. ... Sofortkaufangebote sind gerne erwünscht.“, wird daraus deutlich, dass es sich bei der Angabe EUR 1,00, die an sich für ein Sofort-Kauf-Angebot steht, um ein Versehen handelt.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, STRAFRECHT

**BGH 1 StR 109/20**

Die Vorschrift des § 227 StGB ist restriktiv auszulegen und erfasst nur Körperverletzungshandlungen und -erfolge, denen das spezifische Risiko anhaftet, zum Tod des Opfers zu führen. Es genügt nicht, dass lediglich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Körperverletzungshandlung und dem Todeserfolg besteht, weil § 227 StGB der mit einer Körperverletzung verbundenen Gefahr des Eintritts der qualifizierenden Todesfolge entgegenwirken soll. Das vorsätzliche Handeln eines Dritten unterbricht regelmäßig den Zurechnungszusammenhang, wobei einem Mittäter des Grunddelikts die Todesfolge zuzurechnen ist, die der andere Mittäter – allein von diesem vorsätzlich erfasst – herbeigeführt hat.

**BGH 2 StR 187/19**

Eine Sache ist weggenommen und ihr Raub ist vollendet, wenn der Gewahrsam des bisherigen Inhabers aufgehoben und der Räuber die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sache erlangt hat. Dabei ist die Erlangung gesicherten oder gefestigten Gewahrsams nicht erforderlich. Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie etwa bei Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, kann schon das Ergreifen oder Festhalten zur Aufhebung des bisherigen und Begründung neuen Gewahrsams genügen. Bei einem nur kurzzeitigen Entreißen, während der bisherigen Gewahrsamsinhaber noch mit dem Räuber rang und ihn festhielt, ist es naheliegend, dass die Sachherrschaft noch nicht ohne Behinderung durch den Geschädigten ausgeübt werden konnte.

**BGH 3 StR 521/18**

Handelt der Gehilfe einer Hehlerei gewerbsmäßig und als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub, Diebstahl oder Hehlerei verbunden hat, macht er sich auch dann wegen Beihilfe zur gewerbsmäßigen Bandenhehlerei strafbar, wenn der von ihm unterstützte Haupttäter diese besonderen persönlichen Merkmale nicht erfüllt. Das gilt entsprechend für die Beihilfe zur banden- und gewerbsmäßigen Urkundenfälschung. Die Akzessorietätslockerung des § 28 Abs. 2 StGB ist für die strafrechtliche Haftung des Teilnehmers grundsätzlich auch maßgebend, wenn das besondere persönliche Merkmal nur bei ihm und nicht beim Täter vorliegt.

**BGH 3 StR 14/19**

Erschöpft sich die Behinderung in der Fortbewegungsfreiheit lediglich als tatbestandsmäßiges Mittel zur Begehung eines anderen Deliktes – hier der sexuellen Nötigung –, kommt § 239 StGB als das allgemeinere Delikt nicht zur Anwendung.

**BGH 3 StR 5/20**

Verwenden im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels und ist anzunehmen, wenn der Täter die Waffe oder das gefährliche Werkzeug entweder als Mittel der Ausübung von Gewalt oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebracht, um die Wegnahme zu ermöglichen oder seinen Besitz zu erhalten. Im Fall der Drohung muss das Tatopfer das Nötigungsmittel und die Androhung seines Einsatzes wahrnehmen. Auch die akustische Wahrnehmung der Drohung kann genügen, das optische Vorzeigen ist nur eine von mehreren Möglichkeiten, das Opfer auf das gefährliche Werkzeug aufmerksam zu machen und es damit zu bedrohen.

**BGH 4 StR 194/20**

Gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB muss die Körperverletzung durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel eintreten. Wird ein Kraftfahrzeug als Werkzeug eingesetzt, muss die körperliche Misshandlung also bereits durch den Anstoß selbst ausgelöst und die Verletzung auf einen unmittelbaren Kontakt zwischen Fahrzeug und Körper zurückzuführen sein. Verletzungen, die erst durch ein anschließendes Sturzgeschehen oder eine Ausweichbewegung des Tatopfers verursacht worden sind, genügen insoweit nicht.

---

**BGH, 5 StR 173/20**

Der Täter setzt dann im Sinne des § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes an, wenn er aus seiner Sicht die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreitet. Das ist der Fall, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll. In dem Versuch, die Hintertür des Gebäudes zu öffnen, um sich im Toilettenbereich zu maskieren und sodann die tatbestandliche Handlung im Obergeschoss des Gebäudes zu beginnen, ist im Hinblick auf die dazwischenliegende Zeitspanne von mehreren Minuten noch kein Überschreiten der Schwelle zum „jetzt geht's los“ zu sehen. Der Aufenthalt im Toilettenbereich stellt einen beachtlichen Zwischenakt dar.

---

**OLG Hamm III-4 RVs 12/20**

Wird bei der missbräuchlichen kontaktlosen Verwendung einer EC-Karte ein elektronischer Zahlungsvorgang ausgelöst und fragt das kartenausgebende Kreditinstitut im Zuge der Abwicklung des Zahlungsvorgangs im „Point-of-sale-Verfahren“ die zu der Karte gehörende Geheimnummer (PIN) nicht ab, verwirklicht dieses Verhalten mangels Täuschung nicht den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB. Mangels Tathandlung im Sinne des § 263a Abs. 1 StGB verwirklicht ein solches Verhalten auch nicht den Tatbestand des Computerbetrugs, weil die Verwendung der Daten nicht unbefugt war. Wird die PIN nicht abgefragt, mangelt es beim kontaktlosen Einsatz der EC-Karte an der Betrugsähnlichkeit. Ein solches Verhalten kann allerdings den Tatbestand der Urkundenunterdrückung gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklichen.

---

**KG Berlin 4 Ss 43/20 und 161 Ss 33/20**

Voraussetzung für eine Äußerung in einer „beleidigungsfreien Sphäre“ ist, dass es sich um eine Äußerung gegenüber einer Vertrauensperson handelt, die in einer Sphäre getätigt wird, die gegen Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte abgeschirmt ist. Eine beleidigungsfreie Sphäre kann nur anerkannt werden, wenn die Vertraulichkeit nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls tatsächlich gewährleistet erschien. Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sondern erstreckt sich auf ähnlich enge Vertrauensverhältnisse, es muss sich jedoch um eine Person aus dem engsten Lebenskreis des Äußernden handeln, zu der eine besonders ausgestaltete Vertrauensbeziehung besteht.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, ÖFFENTLICHES RECHT

**BVerfG 1 BvR 2835/17**

Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt. Der Schutz der einzelnen Grundrechte kann sich im Inland und Ausland unterscheiden. Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckt sich auch auf Ausländer im Ausland. Die derzeitigen Regelungen zur Ausland-Ausland-Telekommunikationsüberwachung, zur Übermittlung der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse und zur Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten verletzen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; der Gesetzgeber hat die Grundrechte bewusst als nicht betroffen erachtet, obwohl sie auch hier anwendbar sind. Sie genügen auch zentralen materiellen Anforderungen der Grundrechte nicht. Personen, die geltend machen, in ihren eigenen Grundrechten verletzt zu sein, sind nicht deshalb vom Grundrechtsschutz des Grundgesetzes ausgeschlossen, weil sie als Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person handeln. Die Regelung der Auslandsaufklärung fällt unter die auswärtigen Angelegenheiten im Sinne von Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG. Dem Bundesnachrichtendienst kann auf dieser Kompetenzgrundlage über die Aufgabe einer außen- und sicherheitspolitischen Unterrichtung der Bundesregierung hinaus als eigene, nicht operativ wahrzunehmende Aufgabe die Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahren von internationaler Dimension übertragen werden. Es muss sich um Gefahren handeln, die sich ihrer Art und ihrem Gewicht nach auf die Stellung der Bundesrepublik in der Staatengemeinschaft auswirken können und gerade in diesem Sinne von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung sind. Die strategische Auslandstelekommunikationsüberwachung ist mit Art. 10 Abs. 1 GG nicht grundsätzlich unvereinbar. Als anlasslose, im Wesentlichen nur final angeleitete und begrenzte Befugnis ist sie jedoch eine Ausnahmefugnis, die auf die Auslandsaufklärung durch eine Behörde, welche selbst keine operativen Befugnisse hat, begrenzt bleiben muss und nur durch deren besonderes Aufgabenprofil gerechtfertigt ist. Die Übermittlung personenbezogener Daten aus der strategischen Überwachung ist nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässig und setzt eine konkretisierte Gefahrenlage oder einen hinreichend konkretisierten Tatverdacht voraus. Regelungen zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten genügen grundrechtlichen Anforderungen nur, wenn sie sicherstellen, dass die rechtsstaatlichen Grenzen durch den gegenseitigen Austausch nicht überspielt werden und die Verantwortung des Bundesnachrichtendienstes für die von ihm erhobenen und ausgewerteten Daten im Kern gewahrt bleibt. Die Befugnisse zur strategischen Überwachung, zur Übermittlung der mit ihr gewonnenen Erkenntnisse und zur diesbezüglichen Zusammenarbeit mit ausländischen Diensten sind mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar, wenn sie durch eine unabhängige objektivrechtliche Kontrolle flankiert sind. Sie ist als kontinuierliche Rechtskontrolle auszugestalten, die einen umfassenden Kontrollzugriff ermöglicht. Hierfür ist einerseits eine mit abschließenden Entscheidungsbefugnissen verbundene gerichtsähnliche Kontrolle sicherzustellen sowie andererseits eine administrative Kontrolle, die eigeninitiativ stichprobenmäßig den gesamten Prozess der Überwachung auf seine Rechtmäßigkeit prüfen kann.

**BVerwG 6 B 1.20**

Gegen friedliche Versammlungen darf nur unter den besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstands eingeschritten werden. Ein solches Einschreiten kommt in Betracht, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die Versammlungsbehörde wegen der Erfüllung vorrangiger staatlicher Aufgaben und gegebenenfalls trotz Heranziehung externer Polizeikräfte zum Schutz der angemeldeten Versammlung nicht in der Lage wäre (stRspr des Bundesverfassungsgerichts).

**Niedersächsischer Staatsgerichtshof 7/19**

Bei Art. 24 Abs. 3 Satz 1 NV handelt es sich um eine Bestimmung des Staatsorganisationsrechts; sie räumt der Landesregierung kein Ermessen im Sinne des § 40 VwVfG zur Wahl der Rechtsfolge ein. Wird eine Antwort zum Schutz der Interessen Dritter verweigert, fordert Art. 24 Abs. 3 Satz 1 NV von der Landesregierung eine Prognose über die befürchteten

Grundrechtsverletzungen. Die bloße Betroffenheit schutzwürdiger Interessen reicht nicht aus, um eine Antwortverweigerung zu rechtfertigen. Das in Art. 24 Abs. 3 Satz 1 Alt. 3 NV niedergelegte Entscheidungsprogramm verlangt, dass die Landesregierung alle für und gegen die Beantwortung der Anfrage sprechenden Belange vollständig ermittelt, zutreffend gewichtet und gegeneinander abwägt. Bei der Abwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Da sich gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützte Positionen – das Auskunftsrecht der Abgeordneten auf der einen und die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter auf der anderen Seite – gegenüberstehen, gilt das Prinzip der praktischen Konkordanz, wonach kollidierende Verfassungsrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so in Ausgleich zu bringen sind, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Der Abwägungsvorgang und das Abwägungsergebnis sind in der gemäß Art. 24 Abs. 3 Satz 2 NV geforderten Begründung offenzulegen.

#### **OVG Lüneburg 1 ME 108/19**

Der Begriff der Öffnungszeit einer Gaststätte ist regelmäßig als der Zeitraum zu verstehen, innerhalb dessen sich Gäste auf dem Gaststättengrundstück aufhalten. Das schließt die Nutzung der Kundenparkplätze ein, nicht hingegen Aufräum- und Reinigungsarbeiten durch das Personal. Einem bauaufsichtlichen Einschreiten kann eine langjährige bewusste Duldung eines baurechtswidrigen Zustandes nur dann als im Rahmen des Einschreitensermessens explizit zu würdigender Gesichtspunkt entgegenstehen, wenn sie unter Würdigung der Gesamtumstände beim Nutzer die berechtigte Erwartung wecken musste, sein Verhalten werde auch weiterhin geduldet werden, und diese Erwartung zu wirtschaftlichen Dispositionen des Bauherrn geführt hat. Eine den Erlass einer auf die formelle Baurechtswidrigkeit gestützte Nutzungsuntersagung hindernde offenkundige Genehmigungsfähigkeit einer Nutzung liegt nur dann vor, wenn über die Genehmigungsfähigkeit bereits nach Aktenlage ohne jegliche weiteren Ermittlungen entschieden werden könnte und wenn zusätzlich jedes andere Ergebnis als die Bejahung der Genehmigungsfähigkeit nicht nur falsch, sondern schlechthin unvertretbar wäre.

#### **OVG Lüneburg 11 ME 139/20**

Versammlungsbehördliche Beschränkungen der Teilnehmerzahl einer Versammlung aus infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten bedürfen einer besonderen Begründung und einer besonders strikten Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dazu ist konkret darzulegen, dass und warum bei einer größeren Teilnehmerzahl die Mindestabstände nicht gewahrt werden können. Die Anordnung der Einhaltung eines Mindestabstands von 2,00m zwischen den Versammlungsteilnehmern ist rechtswidrig, soweit dies auch zwischen einem Elternteil und einem betreuungsbedürftigen minderjährigen Kind gefordert wird. Die Beschränkung, dass Ordner und Versammlungsteilnehmer eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen haben, ist im Rahmen der summarischen Prüfung nicht zu beanstanden.

#### **OVG Lüneburg 13 MN 98/20**

Die sich aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz ergebenden Grenzen für die Infektionsschutzbehörde, die mit der Differenzierung zwischen Verkaufsstellen für solche Güter, deren Verfügbarkeit sie für die tägliche Versorgung der Bevölkerung als erforderlich ansieht, und denen, hinsichtlich derer ein erschwelter Zugang vorübergehend im Interesse einer möglichst weitgehenden Verringerung der Infektionsgefahr hingenommen werden kann, sind bei Regelungen eines dynamischen Infektionsgeschehens weniger streng und fordern auch die strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit nicht. Die sachliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ist nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden – echte Bedingungen eben.

**Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.**

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?

- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?

- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?

- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in „falsch“ und „richtig“, „vertretbar“ oder „unvertretbar“ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit mind. 12 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten “Studienklausuren”. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzdrukken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte) Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

*Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.*

## Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht

stud. iur. Finja Maasjost, 17 Punkte

Die Klausur wurde an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Sommersemester 2018 im Rahmen der Großen Übung im Strafrecht bei Dr. Manuel Ladiges geschrieben, ihm gebührt herzlicher Dank für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhaltes und für die Anmerkungen hinsichtlich der Klausurlösung.

### Sachverhalt

Anja (A) verbringt viel Zeit mit Glücksspiel in Spielhallen. Besonders angetan ist sie vom Automaten „Vegas Lucky Winner“, an dem sie schon viel Geld verloren hat. Am letzten Wochenende hat A jedoch einen hohen Geldbetrag an dem Gerät gewonnen und merkt sodann, dass die Software des Automaten fehlerhaft arbeitet. Wenn man einen Einsatz von EUR 10,00 setzt, die Starttaste für etwa eine Sekunde gedrückt hält und unmittelbar danach die Jackpottaste drückt, wechselt der Automat in den sog. Jackpot-Modus, in dem ein Gewinn in Höhe von EUR 1.000,00 pro Spiel nahezu sicher ist. Normalerweise wird der Jackpot-Modus über einen Zufallsgenerator gesteuert, der so programmiert ist, dass bei Drücken der Jackpottaste die Chance auf ein Spiel im Jackpot-Modus nur etwa 1 zu 500 ist, während andernfalls der Einsatz fast immer verloren geht. A nutzt ihre „Entdeckung“, um ihrer Stammspielhalle den Automaten, auf dem das Spiel „Vegas Lucky Winner“ läuft, leer zu spielen. Bei einem Einsatz von nur EUR 50,00 gewinnt A dadurch EUR 5.000,00, die sie überglücklich mit nach Hause nimmt, um Schulden zu tilgen. Die EUR 5.000,00 werden in Form von Geldscheinen vom Spielautomaten ausgegeben.

A ist unglücklich in Berthold (B) verliebt, der als Ladendetektiv in einem großen Supermarkt arbeitet. Um Bs Aufmerksamkeit zu erreichen, kommt A auf folgende Idee. Sie geht in den Supermarkt und hält sich verdächtig im Bereich des Regals mit den hochpreisigen Spirituosen auf, indem sie sich immer wieder umschaute. Dabei sieht A mindestens ein Schild mit der Aufschrift „Jeder Ladendiebstahl wird angezeigt!“, das im Supermarkt angebracht ist. A bemerkt, dass der Glasschrank, in dem teure Spirituosen angeboten werden, nicht abgeschlossen ist. Sie entnimmt eine kleine Flasche (0,2 Liter, Preis EUR 14,99,00) und steckt diese in die Innentasche ihres Wintermantels. Dabei ist A davon überzeugt, dass sie eine Straftat begeht. Dies ist ihr jedoch egal, da sie Kontakt zu B haben will. Sie geht weiterhin fest davon aus, von B oder von anderen Verkäufern beobachtet zu werden, und daher keine Chance zu haben, die Flasche aus dem Supermarkt zu bringen. Tatsächlich sieht B das Geschehen per Überwachungskamera. Etwas später hält B die A im Supermarkt an und fordert sie auf, mit in sein Büro zu kommen. Im Büro holt A bereitwillig die Flasche aus der Jackentasche und freut sich, endlich in Bs Nähe zu sein. B informiert die örtliche Polizeidienststelle über den Sachverhalt und der Geschäftsführer des Supermarktes stellt sodann Strafanzeige und Strafantrag wegen aller in Betracht kommenden Delikte gegen A.

**Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit der A nach dem StGB!**

**Bearbeitervermerk:** Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

#### 1. Tatkomplex: Glücksspiel

##### A. Strafbarkeit der A gem. § 263 Abs. 1 StGB<sup>1</sup>

Mangels Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen scheidet ein Betrug gem. § 263 Abs. 1 aus.

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

##### B. Strafbarkeit der A gem. § 263a Abs. 1

A könnte sich gem. § 263a Abs. 1 wegen Computerbetruges strafbar gemacht haben, indem sie die Starttaste sowie die Jackpottaste drückte und so den Jackpot-Modus auslöste und einen Geldbetrag von EUR 5.000,00 aus dem Spielautomaten erhielt.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Tathandlung**

Dafür bedarf es einer tauglichen Tathandlung i.S.d. § 263a.

**aa) § 263a Abs. 1 Var. 1**

A könnte eine unrichtige Gestaltung des Programms, also eine Unterdrückung, Löschung oder Beeinflussung des Programms des Spielautomaten getätigt haben. Vorliegend hat das Programm selbst bereits einen Defekt, sodass A keine Programmmanipulation i.d.S. begangen hat.

**bb) § 263a Abs. 1 Var. 2**

A könnte unrichtige oder unvollständige Daten verwendet haben. Daten sind alle codierten oder codierbaren Informationen unabhängig von ihrem Verarbeitungsgrad. Diese werden verwendet, soweit sie in den Datenverarbeitungsprozess eingeführt werden. Das Ausreichenlassen jeglicher Nutzung von Daten würde hingegen den Tatbestand zu weit fassen und ist damit abzulehnen.

A betätigte die Tasten des Spielautomaten, dessen Daten vollständig und richtig in den Spielablauf eingeführt wurden. Das bloße Vorliegen eines Programmfehlers lässt die Daten nicht unrichtig werden. § 263a Abs. 1 Var. 2 scheidet mithin aus.

**cc) § 263a Abs. 1 Var. 3**

A könnte durch die Betätigung der Tasten jedoch unrichtige Daten verwendet haben. Fraglich erscheint, wann das Verwenden von Daten unbefugt ist.

**(1) Weite subjektivierende Ansicht**

Nach der weiten subjektivierenden Ansicht ist die Verwendung von Daten unbefugt, soweit sie dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten widerspricht. Der Aufsteller des Automaten wird grundsätzlich nur mit einem Spiel an dem Automaten nach dem allgemeinen Programmablauf einverstanden sein. Folgte man dieser Ansicht, läge das unbefugte Nutzen von Daten vor.

**(2) Computerspezifische Auslegung**

Nach der sog. computerspezifischen Auslegung ist maßgeblich, ob die Datenverarbeitung ordnungswidrig bedient wurde. Dies sei insbesondere der Fall, wenn der durch Schutzvorrichtungen zum Ausdruck kommende, entgegenstehende Wille des Berechtigten umgangen wird.

Deutet man den verschlüsselten Programmablauf als Sicherheitshindernis, könnte dies durch die rechtmäßige Kenntnis des Ablaufs ordnungswidrig umgangen werden. A erlangte die Kenntnis des Spielablaufs zwar durch bloße Beobachtung des Automaten, umging mit dieser Kenntnis jedoch die Sicherheitsvorkehrungen. Folgte man dieser Ansicht, läge eine unbefugte Verwendung von Daten vor.

**(3) Betrugsspezifische Interpretation**

Nach der betrugsspezifischen Interpretation ist die Verwendung von Daten unbefugt, soweit ein zum Betrug nach § 263 vergleichbarer Täuschungswert vorliegt. Dieser wird durch die Zugrundelegung einer hypothetischen Person anstelle des Automaten mit denselben Überprüfungsbeugnissen und Kenntnissen ermittelt. Eine hypothetische Person würde lediglich überprüfen, ob und wann die Taste gedrückt wurde und welche Folge dies im Ablauf hat. Ob dabei eine darüber hinausgehende Kenntnis vorlag, ist für den Spielautomaten und damit die hypothetische Person unerheblich. Folgte man dieser Ansicht, läge kein Täuschungswert und damit keine unbefugte Verwendung von Daten vor.

**(4) Stellungnahme**

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Gegen die erstgenannte Ansicht spricht, dass sie keine hinreichende Grenzziehung und damit eine zu weite Ausweitung des Tatbestandes mit sich bringt.

Gegen die zweite Ansicht spricht, dass dadurch gerade der Computermissbrauch, für den § 263a hauptsächlich erlassen wurde, nicht unter § 263a Abs. 1 Var. 3 fallen würde. Für die letztgenannte Ansicht spricht einerseits die Systematik, da der Computerbetrug dem Betrug unmittelbar nachfolgt, und andererseits der Telos der Norm. § 263a sollte gerade die Fälle erfassen, die mangels Täuschung eines Menschen nicht unter § 263 fallen konnten. Daher liegt es nahe, den Computerbetrug an § 263 orientiert auszulegen. Zudem steht der Wortlaut dem nicht entgegen. Die Argumente der erstgenannten Ansicht vermögen nicht zu überzeugen, sodass insbesondere hinsichtlich des Sinn und Zwecks sowie des Schutzgutes des § 263a der letztgenannten Ansicht gefolgt wird. Mithin liegt keine unbefugte Verwendung von Daten vor.

**Hinweis des Klausurerstellers:** Hier spricht schon viel gegen eine Datenverwendung. Durch das Drücken

der Jackpottaste wird der Datenverarbeitungsvorgang lediglich intern modifiziert, ohne dass zusätzlich irgendwelche Informationen in den Vorgang eingespeist werden (vgl. so auch *Wohlers/Mühlbauer* in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 263a Rn. 32; *Jerouschek/Kölbel*, Der praktische Fall – Strafrecht – Widerspenstige Automaten, JuS 2001, 780, 782f.). Der dargestellte Streit spielt dann aber bei der Var. 4, die der Verfasser zutreffend im Anschluss prüft, eine Rolle.

#### dd) § 263a Abs. 1 Var. 4

Schließlich könnte A in sonstiger Weise eine unbefugte Einwirkung auf den Automaten vorgenommen haben. Damit sind aufgrund der Stellung des § 263a Abs. 1 Var. 4 als Auffangtatbestandsmerkmal alle Handlungen gemeint, die nicht unter die anderen Varianten fallen. Beim Leerspielen von Automaten können zur Beurteilung die Grundsätze des Wettbetruges herangezogen werden. Demnach ist für das Vorliegen der vierten Variante maßgeblich, in wessen Risikosphäre die von A vorgenommene Handlung fällt. Grundsätzlich fallen Handlungen, die auf der rechtswidrigen Erlangung von über den Wettgegenstand hinausgehenden Informationen basieren, nicht mehr in die Risikosphäre des Aufstellers. Von dieser werden grundsätzlich jedoch alle Erkenntnisse erfasst, die dem Wettgegenstand bzw. dem Automaten selbst zu Grunde liegen. Dazu gehören auch solche Erkenntnisse, die durch schlichtes Beobachten des Ablaufs erlangt wurden, soweit dafür keine rechtswidrigen Mittel eingesetzt wurden. Vorliegend lag der Defekt in der Software des Automaten selbst, sodass das Ermitteln des Ablaufs durch Beobachtung in die Risikosphäre des Aufstellers fällt. Zudem ist die Situation vergleichbar mit der einer Person i.R.d. § 263, die bereits einem Irrtum unterlag. Eine solche Person kann nicht erneut getäuscht werden. Gleiches gilt vorliegend für den bereits defekten Automaten.

**Hinweis des Klausurerstellers:** Hier war auch eine andere Auffassung vertretbar. Vgl. weiterführend zum Streit um die Nutzung eines defekten Automaten einerseits KG Berlin, wistra 2015, 244 (245) mit Anm. Hecker, JuS 2015, 756 und andererseits OLG Braunschweig, NStZ 2008, 402.

#### 2. Zwischenergebnis

Mangels Tathandlung ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

#### II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 263a Abs. 1 strafbar gemacht.

#### C. Strafbarkeit der A gem. § 242 Abs. 1

Weiterhin könnte sich A gem. § 242 Abs. 1 wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem sie den Automaten aufgrund des bekannten Defekts bediente und so EUR 5.000,00 gewann.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Fremde bewegliche Sache

Die Geldscheine müssten eine fremde bewegliche Sache sein. Die Geldscheine sind körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, welche hinfort geschafft werden können. Diese könnten vorliegend gem. § 929 S. 1 BGB an A übergeben worden sein. Solange A die Scheine jedoch noch nicht ergriffen hatte, lagen die Geldscheine im Alleineigentum der Spielhalle und waren für A mithin fremd.

**Hinweis des Klausurerstellers:** Hier konnte ein taugliches Tatobjekt auch verneint werden, denn es lässt sich vertreten, dass eine Übergabe und Übereignung stattfinden, wenn der Spieler die Geldscheine bzw. Münzen aus dem Automaten auf technisch ordnungsgemäßen Weg erlangt, vgl. *Niehaus/Augustin*, JR 2008, 436 (438), Anm. zu OLG Braunschweig, Urt. v. 12.10.2007 – Ss 64/07 m.w.N.

###### b) Wegnahme

Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.

###### aa) Gewahrsam

Zunächst müsste Gewahrsam an den Geldscheinen bestanden haben. Dies meint die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird. Bis zur Ergreifung durch A hatte die Spielhalle bzw. der Automatenaufsteller die tatsächliche Sachherrschaft und damit Gewahrsam über die Geldscheine.

###### bb) Bruch fremden Gewahrsams

Diesen Gewahrsam müsste A durch die Bedienung des Automaten gebrochen haben. Dies ist der Fall, wenn der Täter die Verfügungsgewalt gegen oder ohne den Willen

des Berechtigten aufhebt. Fraglich erscheint, wie dies bei aufgestellten Automaten zu bewerten ist.

Nach allgemeiner Ansicht gestattet der Aufsteller eines Automaten dessen Bedienung. Dies erfolge jedoch aufgrund der Verkehrsanschauung und des Geschäftsinteresses des Aufstellers unter der Bedingung der ordnungsgemäßen Benutzung des Automaten. A betätigte den Automaten mithilfe der dafür vorgesehenen Knöpfe und warf auch einen entsprechenden Einsatz in die Maschine. Dass sie dabei weiterreichende Kenntnis über den Ablauf des Programms hatte, ist unbeachtlich, soweit sie den durch Entrichtung des Entgelts in Gang gesetzten Mechanismus ordnungsgemäß startete. Dies ist vorliegend der Fall. Mithin nutzte A den Spielautomaten ordnungsgemäß.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 242 Abs. 1 strafbar gemacht.

### D. Strafbarkeit gem. § 265a Abs. 1 Var. 1

Jedoch könnte A sich gem. § 265a Abs. 1 Var. 1 wegen des Erschleichens von Leistungen durch Automatenmissbrauch strafbar gemacht haben, indem sie den Automaten mit Kenntnis des Defekts in dieser Weise bediente.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Entgeltlichkeit der Leistung

Das Spielen am Automaten erfolgt gegen ein Entgelt in Form des Wetteinsatzes.

#### b) Automatenmissbrauch

A müsste einen Automaten missbraucht haben. Fraglich erscheint dabei, ob es sich vorliegend um einen Waren- oder Leistungsautomaten handelt. Bei Geräten wie Spielautomaten ist dafür maßgeblich, worauf der intendierte Schwerpunkt der Bedienung liegt. Geht es lediglich um das Spiel an sich, läge ein Leistungsautomat vor. Ist jedoch die Herausgabe des Gewinns maßgeblich, handelt es sich um einen Warenautomaten. A geht es primär nicht um das Spiel, sondern den Erhalt des Gewinns, sodass ein Warenautomat vorliegt. Ein solcher ist nach heutiger herrschender Meinung auch von § 265a erfasst. Zuvor wurde dies aufgrund des meist einschlägigen § 242 verneint. Aufgrund des Umstandes, dass auch eine Bedienung ohne Zueignungsabsicht erfolgen kann, fallen Warenautomaten auch unter § 265a Abs. 1 Var. 1. Den Gewinn müsste A auch „erschlichen“ haben. Dies ist der Fall, wenn sie den durch Entgeltentrichtung ausgelösten Mechanismus in nicht

ordnungsgemäßer Weise umgeht. Dies ist vorliegend der Fall, sodass § 265a Abs. 1 Var. 1 vorliegt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müsste A neben der vorsätzlichen Begehung auch die Absicht der Nichtentrichtung des Entgelts gehabt haben. A entrichtete den Wetteinsatz i.H.v. EUR 50,00 und damit das Entgelt, sodass ihr die notwendige Absicht zur Nichtentrichtung des Entgelts fehlt.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 265a Abs. 1 Var. 1 strafbar gemacht.

### E. Strafbarkeit der A gem. § 246 Abs. 1

A könnte sich letztlich durch Entnahme des Geldes im Wert von EUR 5.000,00 aus dem Automaten gem. § 246 Abs. 1 wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

Durch das Ausgeben des Geldes durch den Spielautomaten wurde A das Geld gem. § 929 S. 1 BGB übereignet. Fraglich erscheint, ob sie durch Ergreifen des Geldes eine tatbestandsrelevante Zweitzueignung tätigte.

### 1. Konkurrenzlösung

Nach der Konkurrenzlösung ist ein solch erneuter Zugriff auf das Geld i.F.d. Zweitzueignung tatbestandlich erfasst, tritt jedoch auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat zurück. Folgte man dieser Ansicht, würde das Ergreifen des Geldes den Tatbestand erfüllen.

### 2. Tatbestandslösung

Nach der Tatbestandslösung fällt eine Zweitzueignung schon bereits aus dem Tatbestand des § 246 Abs. 1. Folgte man dieser Ansicht, läge keine tatbestandliche Handlung vor.

### 3. Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid notwendig ist. Für die zweitgenannte Ansicht spricht, dass der Zueignungsvorgang grundsätzlich nicht unendlich oft wiederholt werden kann. Für die erste Ansicht hingegen spricht, dass es maßgeblich nur auf das äußere Erscheinungsbild für einen objektiven Dritten ankäme. Trotzdem vermag diese Ansicht nicht zu überzeugen. Ein Gegenstand, der bereits im Eigentum einer Person steht, kann derselben nicht erneut zugeeignet werden. Mithin scheidet § 246 Abs. 1 aus.

**II. Ergebnis**

A hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 strafbar gemacht.

**Hinweis des Klausurerstellers:** Eine Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1 wird im Ergebnis zutreffend abgelehnt. Wenn der Verfasser schreibt, dass durch die Ausgabe des Geldes eine Übereignung an A stattfindet, spricht freilich viel dafür, oben auch den Diebstahl schon an der fehlenden Fremdheit scheitern zu lassen.

**F. Gesamtergebnis**

A hat sich nicht strafbar gemacht.

**2. Tatkomplex: Spirituosen****A. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2**

A könnte sich durch das Einstecken der Spirituosenflasche in ihren Wintermantel gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2 wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Fremde bewegliche Sache**

Die Spirituosenflasche ist ein fortbewegbarer körperlicher Gegenstand i.S.d. § 90 BGB, welcher nicht im Alleineigentum des A steht oder herrenlos ist.

**b) Wegnahme**

Die Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.

**aa) Gewahrsam**

Die Spirituosenflasche befand sich im Supermarkt des Supermarktleiters. Grundsätzlich sind alle Gegenstände innerhalb dieser Gewahrsamssphäre von einem generellen Gewahrsamswillen erfasst, sodass die Flasche der tatsächlichen Sachherrschaft des Ladeninhabers unterlag.

**bb) Bruch fremden Gewahrsams**

Fraglich ist, wie sich der Umstand, dass die Handlung der A durch den Ladendetektiv B beobachtet wurde, auf die Beurteilung des Bruchs fremden Gewahrsams auswirkt. Diebstahl stellt kein heimliches Delikt dar, sodass das bloße Beobachten des Geschehens den entgegenstehenden Willen nicht hindert. Andernfalls würden viele Handlungen trotz gleicher krimineller Energie aus dem Anwendungsbereich des § 242 entfallen. Mithin stellt die Beobachtung

durch B kein Einverständnis dar, sodass durch das Einstecken der Flasche durch A der Bruch fremden Gewahrsams vorliegt.

**cc) Begründung neuen Gewahrsams**

Ferner müsste A neuen Gewahrsam begründet haben. Beim Einstecken einer Sache innerhalb einer fremden Gewahrsamssphäre könnte dies durch eine sog. Gewahrsamsenkave erfolgen. Dies ist bei kleinen Gegenständen der Fall, soweit sie derart in die tatsächliche Sachgewalt der Täter gebracht werden, dass ein Zugriff auf die Sache nicht sozialadäquat erscheinen würde und der Beendigung der tatsächlichen Verfügungsgewalt bedürfe. A steckte die kleine Spirituosenflasche in die Innentasche ihrer Winterjacke. Dadurch schuf sie eine derartige Herrschaftsgewalt, welche nur durch Beendigung derselbigen aufgehoben werden konnte. Mithin hat A neuen Gewahrsam an der Flasche begründet.

**2. Subjektiver Tatbestand****a) Vorsatz**

A handelte mit Wissen und Willen hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsvoraussetzungen.

**b) Zueignungsabsicht**

Ferner müsste A auch mit Zueignungsabsicht, also mit Aneignungsabsicht, Enteignungsvorsatz und Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung gehandelt haben.

**aa) Aneignungsabsicht**

Aneignungsabsicht meint die Absicht, sich den Gegenstand durch Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest vorübergehend dem Vermögen einzuverleiben. Zwar glaubte A vorliegend, die Flasche aufgrund einer Beobachtung nicht aus dem Laden entwenden zu können, jedoch wollte sie bis zur Stellung durch B die Flasche ihrem Vermögen einverleiben. Mithin handelte sie mit Aneignungsabsicht.

**Hinweis des Klausurerstellers:** Die Bejahung der Aneignungsabsicht ist zweifelhaft. Es genügt nicht, dass der Täter kurzfristig die Sache beherrschen will, sondern es kommt maßgeblich auf die beabsichtigte Einverleibung in das Vermögen an, also auf eine vermögensrelevante Nutzung der Sache, vgl. BGH NSTZ 2011, 699 (700); NSTZ-RR 2018, 282. Indem es A darauf

ankam, die Aufmerksamkeit des B zu erlangen, will sie aber keinen vermögensrelevanten Funktionswert der Flasche nutzen.

### bb) Enteignungsvorsatz

Weiterhin müsste A mit Enteignungsvorsatz gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn der Täter den eigentlichen Berechtigten dauerhaft aus seiner Verfügungsposition verdrängen will, wobei *dolus eventualis* und damit das bloße Für-möglich-Halten ausreichend ist. Problematisch erscheint, wie es sich auswirkt, dass A fest davon ausging, von B oder von anderen beobachtet zu werden und daher die Flasche nicht aus dem Supermarkt bringen zu können. Zudem gab A die Flasche nach Stellung durch B freiwillig an diesen heraus. Zwar nahm sie die Schilder mit dem Hinweis auf die Anzeige etwaiger Ladendiebstähle wahr und ging davon aus, eine Straftat zu begehen, jedoch war sie fest davon überzeugt, die Flasche nicht dauerhaft der Verfügungsgewalt des Berechtigten unter Ausschluss dessen entziehen zu wollen. Vielmehr ging es ihr lediglich um die Aufmerksamkeitserlangung des B. Mithin nahm sie aufgrund ihrer festen Überzeugung nicht billigend in Kauf, die Flasche dem Gewahrsam des Ladeninhabers dauerhaft zu entziehen. Folglich handelte A nicht mit Enteignungsvorsatz und damit nicht mit Zueignungsabsicht.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2 strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1

Mangels Zueignungsabsicht scheidet eine Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1, welche die objektive Manifestation der Zueignungsabsicht erfordert, aus.

**Hinweis des Klausurerstellers:** Dies ist etwas ungenau formuliert, denn § 246 Abs. 1 setzt keine Zueignungsabsicht, sondern lediglich einen Zueignungsvorsatz voraus, so dass bedingter Vorsatz hinsichtlich Aneignung und Zueignung genügt.

### C. Strafbarkeit gem. § 164 Abs. 1

Mangels Tatbestandsmäßigkeit einer Selbstbezeichnung hat sich A nicht gem. § 164 Abs. 1 wegen falscher Verdächtigung strafbar gemacht.

### D. Strafbarkeit gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1

A könnte sich gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1 wegen Vortäuschens einer Straftat strafbar gemacht haben, indem sie die Spirituosenflasche einsteckte, um Bs Aufmerksamkeit zu erregen.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Adressat

Zunächst müsste die Vortäuschung einer Straftat an eine Behörde i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 7 oder eine zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle gerichtet sein. Die örtliche Polizeidienststelle stellt eine solche zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle dar. Fraglich erscheint, wie der Umstand zu bewerten ist, dass A selbst der Polizei keine Handlung mitteilte, sondern dies durch B erfolgte. Für die Vortäuschung gegenüber einer zuständigen Stelle ist auch der Fall umfasst, dass der Täter damit rechnet, dass dies durch einen Dritten erfolgt. Ansonsten würden viele Fälle herausfallen, die unter den Schutzzweck des § 145d, die Behörden vor unnötigen Ermittlungen zu schützen, fallen. Durch die von A wahrgenommenen Warnhinweise bzgl. der Anzeige von Ladendiebstählen sowie des Bewusstseins, dass ihre Handlung eine Straftat darstelle, rechnete sie damit, dass ihre Handlung einer zuständigen Stelle mitgeteilt werden würde. Mithin liegt ein zuständiger Adressat vor.

#### b) Vortäuschen i.S.d. § 145d Abs. 1 Nr. 1

A müsste über die Begehung einer Straftat getäuscht haben. Vortäuschen meint die ausdrückliche oder konkludente Schaffung einer Beweislage, die einen Verdacht lenkt oder bestärkt. Eine sog. Beweismanipulation i.F.d. Schaffung einer unrichtigen Sachlage genügt bei § 145d Abs. 1 Nr. 1 für das Vortäuschen einer rechtswidrigen Tat. Durch die Entwendung der Spirituosenflasche ohne Zueignungsabsicht schuf A für einen objektiven Betrachter eine Beweislage, welche den Schluss auf eine rechtswidrige Tat i.F.d. Diebstahls gem. § 242 nahelegte. Mithin täuschte sie die Begehung einer rechtswidrigen Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 vor, welche mangels subjektiven Tatbestandes nicht vorlag.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müsste A wider besseren Wissens hinsichtlich des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. Dafür reicht lediglich Absicht oder sicheres Wissen. Problematisch erscheint, dass A fest davon ausging, eine Straftat zu begehen. Damit könnte sie einem Tatbestandsirrtum gem. § 16

Abs. 1 bzgl. des Vortäuschens einer Straftat unterlegen sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter einen Umstand nicht kennt, der zum objektiven Tatbestand des Delikts gehört. A ging davon aus, eine Straftat zu begehen, sodass sie sich des Vortäuschens nicht bewusst war. Mithin unterlag sie einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1, welcher wiederum ihren Vorsatz entfallen ließ.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1 strafbar gemacht.

### E. Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1

A könnte sich wegen eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem sie den Supermarkt betrat und eine Spirituosenflasche entwendete. Bei dem Supermarkt als sog. publikumsoffenem Raum ist jedoch von einem generellen Einverständnis hinsichtlich des Betretens auszugehen, soweit der Täter nicht bereits aufgrund seines äußerlichen Erscheinungsbildes aus dem Rahmen der Berechtigten entfällt. Dies trifft auf A nicht zu, sodass sie sich nicht gem. § 123 Abs. 1 strafbar gemacht hat.

### Gesamtergebnis

A hat sich in beiden Tatkomplexen nicht strafbar gemacht und ist damit straffrei.

## ANMERKUNGEN

Die Klausurleistung wurde mit 17 Notenpunkten bewertet. Es wurde gelobt, dass die Schwerpunkte der Klausur alle erkannt und alle relevanten Tatbestände angesprochen wurden. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass die Argumentationen kleinere Schwächen aufweisen, jedoch stets ein vertretbares Ergebnis erreicht wurde. Insbesondere wurde auf die widersprüchliche Bearbeitung des objektiven Tatbestandes des § 265a Abs. 1 Var. 1 hingewiesen. Die Bearbeitung des zweiten Tatbestandes erfolgte nahezu optimal.

## Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht II

stud. iur. Tim Poplat, 17 Punkte

Der Bearbeiter ist Student im vierten Semester der Juristischen Fakultät der Universität Bremen. Der vorliegende Sachverhalt wurde im Modul Strafrecht II: Delikte gegen Eigentum u. Vermögen, Anschlussdelikte, Delikte gegen kollektive Rechtsgüter als Semesterabschlussarbeit im Wintersemester 2019/2020 gestellt. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold, dem Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Universität Bremen, welcher die Hausarbeit stellte und den Bearbeiter zur Veröffentlichung seiner Lösung ermutigte. Die Zitierweise entspricht den Vorgaben der Arbeit.

### **Sachverhalt:**

Anna (A) ist mal wieder im Dispo ihres Girokontos und überlegt sich, wie sie schnell und effektiv an Geld kommen kann, denn schon lange befindet sie sich in einer finanziellen Misere. Also verfasst sie einen Post bei Facebook, in dem sie zu einer Spende für die fiktive Tierschutzorganisation „Peter hilft“ aufruft. Diesen Aufruf verfasst sie an ihrem Computer im heimischen Bremen und der Post ist für alle Facebooknutzer in Deutschland sichtbar/abrufbar. Gespeichert wird er allerdings auf Servern im Ausland.

Um ihrem Aufruf mehr Ausdruck zu verleihen, fügt A ihrem Post auch noch Bilder von gequälten Hunden an. Auf den ersten Blick ist nicht zu erkennen, dass es sich nicht um einen ehrlichen Spendenaufruf handelt. Eine vermeintliche Spende soll dann an ein von A eröffnetes Konto gehen, auf das nur sie zugreifen kann. A fällt dabei auf, wie schnell und einfach so ein falscher Post zu verbreiten ist, und überlegt, dieses Vorgehen zu wiederholen, um sich ab und an mal etwas gönnen zu können. Ihren Lebensunterhalt im Übrigen möchte sie aber lieber auf legalem Wege verdienen. A hofft auf großzügige Spenden von einigen wenigen Personen.

Schnell fällt allerdings einem findigen Facebook-User auf, dass eine Tierschutzorganisation namens „Peter hilft“ gar nicht existiert und meldet den Spendenaufruf umgehend bei Facebook als „Fake“. Diese Meldung erfolgt unabhängig vom NetzDG. Im Rahmen des Meldevorgangs taucht bei dem findigen Facebook-User die Benachrichtigung auf dem Monitor auf, dass eine Meldung nicht zu einer rechtlichen Überprüfung führe. Die Meldung selbst landet beim zuständigen Facebook-Mitarbeiter Ferdinand (F).

In den AGB von Facebook heißt es in diesem Kontext u. a.:

„Wir bekämpfen schädliches Verhalten und schützen und unterstützen unsere Gemeinschaft:

Personen können nur dann Gemeinschaften auf Facebook bilden, wenn sie sich sicher fühlen. Wir beschäftigen weltweit spezielle Teams und entwickeln fortschrittliche technische Systeme, um Missbrauch unserer Produkte, schädliches Verhalten gegenüber anderen und Situationen aufzudecken, in denen wir möglicherweise dazu beitragen können, unsere Gemeinschaft zu unterstützen und zu schützen. Wenn wir von derartigen Inhalten oder Verhaltensweisen erfahren, werden wir geeignete Maßnahmen ergreifen, z. B. indem wir Hilfe anbieten, Inhalte entfernen, den Zugriff auf bestimmte Features sperren, ein Konto deaktivieren oder Kontakt mit den Strafverfolgungsbehörden aufnehmen. Wir teilen Daten mit anderen Facebook-Unternehmen, wenn wir Missbrauch oder schädliches Verhalten durch eine Person feststellen, die eines unserer Produkte nutzt.“

Aufgabe des F ist es, solche geeigneten Maßnahmen zum „Schutz der Gemeinschaft“ zu ergreifen. F erkennt, dass es sich bei dem Post der A um einen falschen Spendenaufruf handelt, was eine Straftat darstellt und den Facebook-Richtlinien widerspricht. Er hält das Wortspiel aber für einen gelungenen Witz und findet, dass es doch für A eine gute Möglichkeit sei, etwas dazuzuverdienen. Wer auf eine solche Albernheit hereinfalle, sei doch schlussendlich selbst schuld, wenn er oder sie etwas Geld verliere. Aus diesem Grund beschließt F, den Post erst einmal nicht zu

löschen, sondern zunächst ein paar Tage zu warten. Dabei ist ihm klar, dass sein Vorgehen jedenfalls moralisch verwerflich ist. F hat sein Büro als Teil der Facebook Germany GmbH, die neuerdings auch für die inhaltliche Überwachung der Posts auf Facebook zuständig ist, in Hamburg.

Nach der Meldung des Posts wird Olaf (O), der sich in Berlin aufhält, auf den Post der A aufmerksam. O hat sich noch letztens vor seinen Freunden rechtfertigen müssen, zu wenig für das gesellschaftliche Miteinander zu tun. Insbesondere müsse, nach Ansicht seiner Freunde, ein so reicher Mensch wie O mehr spenden. O hält nicht viel von Tieren und sieht grundsätzlich auch keine Notwendigkeit darin, sein Geld zu spenden. Als er allerdings den Post von A sieht, erinnert er sich wieder an das Gespräch mit seinen Freunden. Auch hier war die Rede von einer Organisation namens „PETA“. Allerdings kommt ihm der Post samt Aufruf doch recht unprofessionell vor und auch der Namen der Organisation scheint ihm fragwürdig. Es scheint ihm doch recht unwahrscheinlich, dass zwei Organisationen mit einem vergleichbaren Namen existieren. Da er aber jetzt einfach spenden möchte, um sein „Soll“ zu erfüllen und vor seinen Freunden glänzen zu können, geht er davon aus, dass sein Geld schon irgendeiner Tierschutzorganisation zu Gute kommen werde, und überweist A einen Betrag von EUR 150,00 auf das angegebene Konto. Nun hat er ein besseres Gewissen.

### Hauptaufgabe:

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und F nach dem StGB!

### Zusatzfragen:

1. Wie kann Facebook selbst im Ausgangsfall sanktioniert werden?
2. Wie kann Facebook sanktioniert werden, wenn A mit einem anderen Post den Straftatbestand des § 126 StGB verwirklicht hätte und ein Facebook-User zudem eine Meldung nach dem NetzDG vorgenommen hätte? Auch ein solches Verfahren sieht Facebook grundsätzlich vor. Im Übrigen bleibt der Sachverhalt, wie oben dargestellt, bestehen.

**Vermerk zur Bearbeitung:** Bei Facebook Inc. handelt es sich um einen Konzern mit Sitz in Menlo Park Kalifornien. Die Tochtergesellschaft Facebook Germany GmbH wird durch die Geschäftsführer J, S und D vertreten.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Strafbarkeit der A

#### I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Zunächst müsste das deutsche Strafrecht grundsätzlich Anwendung finden. Dies bestimmt sich nach dem Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB.<sup>1</sup> Hiernach muss gemäß § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB die Tathandlung im Inland stattgefunden haben. A verfasste einen Post, der auf einem ausländischen Server gespeichert wurde. Zu prüfen ist daher, wie mit diesem Umstand umzugehen ist. Eine inländische Tathandlung scheidet bei einem Serverbetrieb im Ausland grundsätzlich aus.<sup>2</sup> Dies gilt allerdings nur, wenn auch die Tatbegehung im Ausland stattgefunden hat und sich kein

Sitz in Deutschland befindet.<sup>3</sup> Zunächst hat A von Bremen aus gepostet, ebenfalls befindet sich eine Tochtergesellschaft von Facebook in Deutschland. Insofern befand sich auch der Begehungsort in Deutschland. Damit ist das StGB im vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

#### II. Strafbarkeit der A wegen Betruges in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB durch falschen Spendenaufruf

A könnte sich wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er einen falschen Spendenaufruf auf Facebook veröffentlichte und so den O zur Zahlung von EUR 150,00 veranlasste.

<sup>1</sup> Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, Vorb. §§ 3-7 Rn. 1ff.; Joecks/Jäger, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 3.

<sup>2</sup> Kundlich/Berberich, Abstrakte Gefährungsdelikte im Internet und die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, NStZ 2019, 633 (635).

<sup>3</sup> Fischer, StGB (Fn. 1), § 9 Rn. 5b, 5c.

## 1. Tatbestand

### a) Täuschung über Tatsachen

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind konkrete Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit und Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>4</sup> Die Täuschung ist ein zur Irreführung bestimmtes Verhalten und damit der Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen dienendes Gesamtverhalten.<sup>5</sup> A verfasste einen Post auf Facebook, in welchem sie zur Spende für die Tierschutzorganisation „Peter hilft“ aufrief und zusätzlich entsprechende Kontodaten angab. Hierbei handelte es sich jedoch um eine fiktive Organisation, deren Bestehen sich A nur ausgedacht hatte. Damit lag eine Täuschung über die Tatsache vor, an eine wirklich bestehende Organisation spenden zu können.

### a) Irrtum des Getäuschte

Zudem müsste A bei O einen Irrtum erregt haben. Ein Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit und damit das Ergebnis der Täuschungshandlung.<sup>6</sup> Zwar überwies O am Ende tatsächlich EUR 150,00 an das von A angegebene Konto, jedoch bezweifelte er, ob es die Organisation „Peter hilft“ tatsächlich gab. Mithin ist umstritten, inwiefern solche bestehenden Zweifel eine Fehlvorstellung begründen können.

### aa) Lehre von den konkreten Zweifeln

Eine Ansicht stellt darauf ab, ob der Betroffene konkrete Zweifel hat. Ein Irrtum sei insbesondere dann ausgeschlossen, wenn Zweifel auf einem konkreten Anhaltspunkt beruhen.<sup>7</sup> Solche Anhaltspunkte ergäben sich beispielsweise aus der Unwahrscheinlichkeit oder Widersprüchlichkeit des Behaupteten.<sup>8</sup> Die Tatsache, dass der Name der fiktiven Tierschutzorganisation einer anderen deutlich ähnelte, sowie die Unprofessionalität des Aufrufs erschienen O fragwürdig und widersprüchlich. Es bestanden konkrete Zweifel, sodass nach dieser Ansicht kein Irrtum vorliegen konnte.

### bb) Lehre von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Nach der Lehre von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit kann ein Irrtum des Opfers nur dann angenommen werden, wenn ihm die Wahrheit wahrscheinlicher als die Unwahrheit erscheint. Insofern dürfen die Zweifel den Glauben an die Wahrheit nicht überwiegen.<sup>9</sup> Dem O kam der Post recht unprofessionell vor und auch der Name der Scheinorganisation machte ihn misstrauisch. Es schien ihm „recht unwahrscheinlich“, dass zwei, fast namensgleiche Organisationen existierten. Trotz dieser Skepsis entschied er sich dennoch für eine Spende, um der Aufforderung seiner Freunde nachzukommen. Es ist davon auszugehen, dass an dieser Stelle die Zweifel an der Wahrheit insgesamt überwogen. Die Tatsache, dass er spendete, steht dem nicht entgegen, denn andernfalls käme man immer zu dem Ergebnis, dass die letztlich erfolgte Spende für einen stärkeren Glauben an die Wahrheit spräche. Dann hätte es allerdings grundsätzlich keiner Abgrenzung nach dieser Theorie bedurft.

### cc) Einwilligungstheorie

Nach der Einwilligungstheorie ist zu fragen, ob eine unter Zweifeln vorgenommene Verfügung im Ergebnis als potentielle Einwilligung in einen Vermögensverlust gesehen werden kann.<sup>10</sup> Dies würde im Ergebnis einem Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entgegenstehen. Eine Einwilligung ist die bewusste und freiwillige Gestattung der tatbestandlichen Rechtsgutsverletzung.<sup>11</sup> Sie ist in der Regel dann unwirksam, wenn sie unter wesentlichen Willensmängeln leidet.<sup>12</sup> Umstritten ist allerdings, wie sich eine Täuschung als potentieller Willensmangel auf eine mögliche Einwilligung des O ausgewirkt haben könnte. Schlösse die Täuschung eine Einwilligung aus, wäre ein Irrtum in der Konsequenz zu bejahen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass jede Täuschung eine Einwilligung unwirksam mache.<sup>13</sup> Entscheidend ist nicht ob, sondern wie sehr die Entscheidung des Betroffenen beeinflusst ist. Insbesondere die Täuschung über, wenngleich motivati-

<sup>4</sup> RGSt 55, 129 (131); 56, 227 (231); Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 21. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 493

<sup>5</sup> Hefendehl in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Band 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 61; Perron in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6; Rengier, Strafr BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 9.

<sup>6</sup> Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 96; Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 54; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 33; Wessels et al., Strafr BT 2 (Fn. 4), Rn. 510.

<sup>7</sup> Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1 (7); Beulke, NJW 1977, 1073, Anm. zu LG Mannheim, Urt. v. 07.10.1976 – 2 Ns 98/76; Blei, Aufsätze in Zeitschriften StR, JA 1977, 91 (92).

<sup>8</sup> Amelung (Fn. 7), GA 1977, 1 (7).

<sup>9</sup> Giering, Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB, GA 1973, 1 (21f.); Sonnen, Strafrechtliche Grenzen des Handelns mit Optionen auf Warentermin-Kontrakte, wistra 1982, 123 (128).

<sup>10</sup> Herzberg, Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum“ in § 263 StGB, GA 1977, 289 (295f.); Röhm, Aufsätze in Zeitschriften StR, JA 1977, 584 (585).

<sup>11</sup> Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 32ff. Rn. 45.

<sup>12</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 23 Rn. 23; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 570.

<sup>13</sup> BGHSt 4, 88 (90); 16, 309f.; Fischer, StGB (Fn. 1), § 228 Rn. 7; Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 23 Rn. 32.

onsrelevante, Begleitumstände, soll nicht zum Ausschluss der Einwilligung führen können.<sup>14</sup> Zudem erhält der Ansatz von rechtsgutsbezogenen Willensmängeln<sup>15</sup> eine Modifikation: Wird ihm die Handlungsautonomie durch eine etwaige Täuschung dahingehend entzogen, nicht mehr über das entsprechende Rechtsgut als solches zu entscheiden, hat die Täuschung auch Auswirkungen auf die Einwilligung. Insbesondere bei Täuschungen über einen mit der Einwilligung verfolgten, altruistischen Zweck kann aber nicht von einem dadurch hervorgerufenen, erheblichen Willensmangel ausgegangen werden.<sup>16</sup> Somit lägen die Voraussetzungen für eine Einwilligung des O aufgrund eines unbeachtlichen Willensmangels vor. Ein Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB läge damit nicht vor.

#### dd) Möglichkeitstheorie

Folgt man der Möglichkeitstheorie, dann liegt ein Irrtum auch dann vor, wenn das Opfer zwar an der Wahrheit der entsprechenden Tatsachen zweifelt, dessen Richtigkeit jedoch nicht ausschließt.<sup>17</sup> Dies wäre im vorliegenden Sachverhalt der Fall. Zwar hatte O einige Zweifel an der Seriosität und der doppelten Namensgebung, jedoch handelte er im Glauben an die Richtigkeit des Posts. Danach läge ein Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB vor.

#### ee) Stellungnahme

Mithin kommt lediglich die Möglichkeitstheorie zu dem Ergebnis, dass ein Irrtum des Getäuschten vorlag. Daher bedarf es einer Stellungnahme. Zunächst spricht gegen die Lehre von den konkreten Zweifeln die als herrschend zu bezeichnende Ablehnung viktimdogmatischer Ansätze.<sup>18</sup> Ein etwaiges „Mitverschulden“ des Opfers kann allenfalls in der Strafzumessung berücksichtigt werden.<sup>19</sup> Es fehle nicht nur an einer für eine teleologische Reduktion notwendigen planwidrigen Regelungslücke, der Ansatz begegne zudem verfassungsrechtlichen Bedenken. Gegen die

Wahrscheinlichkeitstheorie spricht vor allem, dass sie unter mangelhafter Abgrenzbarkeit leidet. Zudem erscheint, unter Gesichtspunkten der Praktikabilität, der Intensitätsgrad der subjektiven Gedankenwelt schwer bestimmbar.<sup>20</sup> Problematisch bei der Einwilligungstheorie ist die Vermischung von Betrugs- und Einwilligungsdogmatik. Während der Irrtum im allgemeinen Teil Bedingungen nennt unter denen das Erfolgsunrecht entfielen, beschreibt der Irrtumsbegriff des Betrugs grundsätzlich das Handlungsunrecht.<sup>21</sup> Ähnlich wie i.R.d. Argumentation gegen die viktimdogmatischen Ansätze, kommt es aus kriminologischer Sicht beim Betrug gerade auf ein Mitwirken des Opfers an, dessen Schwachstellen der Täter bewusst ausnutzt.<sup>22</sup> Es ist nicht ersichtlich, leichtgläubige oder gutmütige Opfer vom strafrechtlichen Schutz auszuschließen. Unterliegt das Opfer einer Fehlvorstellung, die kausal auf der Täuschung des Täters beruht, kann ein Irrtum auch angenommen werden, wenn er die Möglichkeit der Richtigkeit jedenfalls nicht als geringer betrachtet.<sup>23</sup> Im Ergebnis ist daher der zutreffenden Möglichkeitstheorie zu folgen. Damit liegt ein Irrtum des O vor.

#### c) Vermögensverfügung

Des Weiteren müsste der Irrtum zu einer Vermögensverfügung des O geführt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung unmittelbar herbeiführt.<sup>24</sup> O irrte über die Richtigkeit des von A erstellten Posts und überwies EUR 150,00 an das dort genannte Konto. Damit minderte sich sein Vermögen unmittelbar danach. Sein Handeln beruhte kausal auf der Täuschung der A. Damit lag eine entsprechende Vermögensverfügung als Folge von Täuschungshandlung und Irrtum vor.

#### d) Vermögensschaden

Die Vermögensverfügung müsste auch zu einem Vermö-

<sup>14</sup> Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 32ff. Rn. 47; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 572.

<sup>15</sup> Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), Vorb. § 32 Rn. 31; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 572.; Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, S. 59ff.

<sup>16</sup> Brandt/Schlehofer, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungstheorie, JZ 1987, 442 (447); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil/Band I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 98; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 32ff. Rn. 47; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), Vorb. § 32 Rn. 31ff.

<sup>17</sup> BGHSt 47, 83 (88); BGH NJW 2003, 1198; Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 55; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 512.

<sup>18</sup> T. Schwarz, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, 2013, S. 100ff.; Tiedemann in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum StGB/Band 9 Teil 1, 12. Aufl. 2012, Vorb. § 263 Rn. 38.

<sup>19</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht Besonderer Teil 1, 11. Aufl. 2019, § 41 Rn. 62 m.w.N.

<sup>20</sup> Tiedemann in: LK-StGB/Band 9/1 (Fn. 18), § 263 Rn. 79 m.w.N.

<sup>21</sup> Hoyer in: Wolters, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch/Band V, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 71; Schünemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, 117 (131); zustimmend auch Tiedemann in: LK-StGB/Band 9/1 (Fn. 18), § 263 Rn. 86.

<sup>22</sup> Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 263 Rn. 6; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 3.

<sup>23</sup> BGH NJW 2003, 1198f.; Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 55; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 76; Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 50; Tiedemann in: LK-StGB (Fn. 18), § 263 Rn. 86; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 512.

<sup>24</sup> Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 83; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 55.

genschaden bei O geführt haben. Nach dem herrschenden, juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff ist Vermögen die Summe aller geldwerten Güter einer Person.<sup>25</sup> Der Vermögensschaden ist ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrumsbedingten Vermögensverfügung des Getäuschten.<sup>26</sup> Dieser besteht insbesondere nach dem individuell-objektiven Schadensbegriff, wenn das Ausscheiden einer Vermögensposition nicht durch wirtschaftlich Gleichwertiges kompensiert werden kann.<sup>27</sup> Problematisch ist, dass O ganz bewusst EUR 150,00 spenden wollte. Spenden erhalten regelmäßig gerade kein wirtschaftliches Äquivalent. Umstritten ist daher, ob eine solche „bewusste Selbstschädigung“ als Betrug im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB gewertet werden kann.<sup>28</sup>

#### aa) Theorie der unbewussten Selbstschädigung

Teilweise wird eine unbewusste Selbstschädigung des Opfers vorausgesetzt.<sup>29</sup> Dies wird unter anderem mit der Ähnlichkeit des Betrugs zur mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 StGB begründet,<sup>30</sup> aber auch im Wege einer Übertragung der Grundlagen zur objektiven Zurechnung.<sup>31</sup> Teile dieser Ansicht sind der Auffassung, dass es sich bei Spenden um freiwillige Vermögensopfer handle, wobei eine Täuschung über den Zweck nicht mehr über eine Schädigung des Rechtsguts entscheide, sondern nur noch über die gesetzlich nicht geschützte Dispositionsfreiheit. Ein Irrtum sei ausgeschlossen, wenn der Verfügende wüsste, dass er sich selbst schädige.<sup>32</sup> Die meisten Vertreter dieser Auffassung halten eine Betrugsstrafbarkeit allerdings dann noch für vertretbar, wenn der vom Verfügenden verfolgte Zweck verfehlt wird (sogenannte „Zweckverfehlungslehre“). Danach kann die Spende gleichsam durch soziale Gegenleistungen kompensiert werden. Entfällt diese Mög-

lichkeit, liegt auch ein Betrug vor.<sup>33</sup> Schadensbegründend kann aber nur eine objektivierbare, wirtschaftlich relevante und sozial gebilligte Zwecksetzung sein, sodass insbesondere „persönliche Marotten“ oder das bloße Affektionsinteresse ausscheiden.<sup>34</sup> Im vorliegenden Sachverhalt könnte man von einem solchen Affektionsinteresse ausgehen: O wollte sich nicht mehr vor seinen Freunden rechtfertigen müssen und spendete daher, um seinen „Soll“ zu erfüllen, damit er besser dasteht. Allerdings – und dies ist in der vorliegenden Konstellation entscheidend – kam es ihm darauf an, jedenfalls an „irgendeine Tierschutzorganisation“ zu spenden. Ziel des O war es, gerade durch eine Spende bei einer Tierschutzorganisation gut dazustehen. Der verfolgte Zweck lag somit im Ergebnis bei einer Spende für eine gemeinnützige Tierschutzorganisation und genau über diese Tatsache täuschte auch A. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass O zwar auch mittelbar aus Affektionsinteresse handelte, allerdings ergibt sich dies gerade erst durch die gemeinnützige Spende. Nach der engen Zweckverfehlungslehre liegt somit ein Vermögensschaden vor.

#### bb) Theorie der bewussten Selbstschädigung

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist nicht erforderlich, dass dem Verfügenden der vermögensmindernde Charakter seiner Verfügung verborgen bleibe.<sup>35</sup> Hierbei sind auch Täuschungen, die zu einer bewussten Selbstschädigung führen, für die Annahme eines Vermögensschadens ausreichend.<sup>36</sup> Diese zunächst deutlich extensivere Betrachtung erfährt jedoch über den Grundgedanken der Zweckverfehlungslehre eine einschränkende Korrektur. Auch hier führen bloße Motivirrtümer gerade nicht zu einem Vermögensschaden, sie betreffen lediglich die Dispositionsfreiheit.<sup>37</sup> Daher stellt sich ebenfalls die Frage, wie das Verhalten des O zu deuten ist. Man gelangt

<sup>25</sup> Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 101; Wessels et al., Strafr BT 2 (Fn. 4), Rn. 538.

<sup>26</sup> BGHSt 51, 10 (15); Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 101; Rengier, Strafr BT I (Fn. 4), § 263 Rn. 119; Tiedemann in: LK-StGB/Band 9/1 (Fn. 18), § 263 Rn. 132.

<sup>27</sup> Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 113; Wessels et al., Strafr BT 2 (Fn. 4), Rn. 532.

<sup>28</sup> Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 819ff.

<sup>29</sup> Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 102.

<sup>30</sup> Cramer, Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes, JZ 1971, 415; Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 819; Kutzner, Zweifelsfragen des Betrugstatbestands am Beispiel des Wettbetrugs, JZ 2006, 712 (716); Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 3.

<sup>31</sup> Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 829f.; Roxin, Strafr AT I (Fn. 16), § 11 Rn. 44ff.

<sup>32</sup> Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 838ff.; krit. Heinrich in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 111; Lampe, Personales Unrecht im Betrug, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, 623 (644).

<sup>33</sup> Maurach et al., Strafr BT 1 (Fn. 19), § 41 Rn. 121; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 102; Rudolphi, NStZ 1995, 289, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.1994 – 4 StR 331/94; Wessels et al., Strafr BT 2 (Fn. 4), Rn. 553ff.; Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 843.

<sup>34</sup> Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 137; Maurach et al., Strafr BT 1 (Fn. 19), § 41 Rn. 123; Wessels et al., Strafr BT 2 (Fn. 4), Rn. 554.

<sup>35</sup> RGHS 44, 244; 52, 136; BGH NJW 1992, 2167; 1995, 539; OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923); Dölling, Betrug und Bestechlichkeit durch Entgeltannahme für eine vorgetäuschte Dienstpflichtverletzung, JuS 1981, 570 (571); Hilgendorf, Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug, JuS 1994, 466 (469).

<sup>36</sup> Rengier, Strafr BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 149ff.

<sup>37</sup> BGH NJW 1995, 539 mit zust. Anm. Rudolphi (Fn. 33), NStZ 1995, 289; OLG München NJW 1952, 798 mit zust. Anm. Hecker, JuS 2014, 561ff.; Rengier, Strafr BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 151.

jedoch auch hier zu dem Ergebnis, dass vorrangig über den Spendenzweck sowie über die grundsätzliche Möglichkeit der Spende getäuscht wurde. Auf eine Spende kam es dem O aber gerade an.<sup>38</sup> Beide Auffassungen kommen daher auf unterschiedlichen Wegen zum gleichen Ergebnis:<sup>39</sup> Während die Lehre der unbewussten Selbstschädigung nach h.M. über die Zweckverfehlungslehre zunächst erweitert wird, führt diese bei der Lehre der bewussten Selbstschädigung zunächst zu einer Einschränkung. Zwar soll reines Affektionsinteresse nicht vom Tatbestand erfasst werden, dieses lag bei O allerdings auch nur mittelbar vor und wird durch den tatsächlichen Entschluss, spenden zu wollen, verdrängt.

### cc) Zwischenergebnis

Da beide Ansichten zum gleichen Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme entbehrlich. Mithin liegt ein Vermögensschaden vor.

### e) Vorsatz bezüglich aller objektiven Merkmale

A handelte vorsätzlich.

### f) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Zudem handelte A mit der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Regelbeispiele

Des Weiteren könnte A möglicherweise die Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB verwirklicht haben.

### a) Gewerbsmäßig, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

Zunächst könnte A gewerbsmäßig gehandelt haben. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und von einigem Umfang verschaffen will.<sup>40</sup> A veröffentlichte erstmals einen Post und überlegte aufgrund der Praktikabilität, dieses Vorgehen zu wiederholen. Im Übrigen wollte sie ihren Lebensunterhalt

allerdings auf normalem Weg verdienen. Grundsätzlich nicht erforderlich ist, dass der Täter allein oder weit überwiegend mit der Tatbegehung verdienen will, solange er mit der Absicht der wiederholten Tatbegehung handelt.<sup>41</sup> Zudem steht es der Gewerbsmäßigkeit zutreffender Weise nicht entgegen, wenn die Tat nur einmalig begangen wurde, solange ebenfalls unter der spezifischen Absicht gehandelt wurde.<sup>42</sup> Eine solche eigennützige, auf tätereigene Einnahmen bezogene Absicht lag bei A mithin vor. Damit handelte A gewerbsmäßig im Sinne des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB.

### b) Gefahr für große Zahl an Personen, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB

Zudem könnte A mit der Absicht gehandelt haben, eine große Anzahl von Menschen in die Gefahr des Vermögensverlustes zu bringen. Umstritten ist jedoch bereits, wann es sich um eine „große Zahl“ von Menschen handelt. Nach der engsten Auffassung handelt es sich hierbei um 10 Personen.<sup>43</sup> A hofft allerdings nur auf die Spende „einiger weniger Personen“. Es kann also im Ergebnis dahinstehen, wie viele Personen vom Tatbestand erfasst sein sollen, denn einige wenige Personen sind jedenfalls weniger als zehn Personen. Mangels anders lautender Angaben verbietet sich nach dem *in dubio pro reo* – Grundsatz die Annahme, es handle sich hierbei um mehr Personen. Damit handelte A nicht in der Absicht, eine große Zahl von Personen zu gefährden.

## 4. Ergebnis

Somit hat sich A wegen Betrugs im besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht, indem er einen Post mit falschem Spendenaufwurf veröffentlichte und dadurch die Zahlung des O bewirkte.

## III. Strafbarkeit der A gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Erstellen eines falschen Spendenaufwurfs

Hinsichtlich des anonymen Nutzers könnte sich A zudem eines versuchten Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie einen falschen Spendenaufwurf postete. Der anonyme

<sup>38</sup> Siehe ausführlich I., 4., a).

<sup>39</sup> Rudolphi (Fn. 33), NSTz 1995, 289.

<sup>40</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 3 Rn. 34; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 593.

<sup>41</sup> BGH wistra 2003, 460 (481); BGH NSTz 2008, 282f.; Brodowski, Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht, wistra 2018, 97 (97ff.); Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 210.

<sup>42</sup> Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 243 Rn. 30; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 593.

<sup>43</sup> Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 263 Rn. 286; bzgl. § 306b von 14 Personen ausgehend BGHSt 44, 178 = BGH NSTz 1999, 84; von 20 Personen ausgehend Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 218 m.w.N.; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 188d.

Nutzer hat keine Vermögensverfügung getroffen, insofern ist die Tat nicht vollendet. Gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist der versuchte Betrug strafbar. A hatte einen Tatentschluss bezüglich aller objektiven Merkmale des Tatbestands.<sup>44</sup> Zudem setzte sie auch durch das Posten unmittelbar zu Tat an.<sup>45</sup> Dies war auch rechtswidrig und schuldhaft. Das Regelbeispiel gem. § 263 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB wurde vollendet, sodass auch ein Regelbeispiel im Versuch angenommen werden kann.<sup>46</sup> Somit hat sich A auch hinsichtlich des anonymen Nutzers wegen versuchten Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

#### **IV. Strafbarkeit der A gem. § 269 Abs. 1 StGB durch das Erstellen eines falschen Spendenaufrufs**

A könnte sich jedoch wegen Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie einen falschen Spendenaufruf als Post erstellte und veröffentlichte. Erforderlich ist vor allem, dass die gespeicherten Daten hypothetisch zu einer unechten Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB führen müssten.<sup>47</sup> Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist, wenn also über die Ausstelleridentität getäuscht wird.<sup>48</sup> Gleiches gilt bezogen auf Daten. Im vorliegenden Sachverhalt täuschte A aber nicht über ihre Person als Aussteller beziehungsweise Verfasser. Das Erstellen und Verbreiten eines falschen Posts unter eigenem Namen ist gerade keine Identitätstäuschung, sondern eine schriftlich-elektronische Lüge. Somit waren die Daten nicht unecht. Mangels Unechtheit der Daten hat sich A nicht wegen Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie einen falschen Spendenaufruf postete.

#### **V. Gesamtergebnis für die Strafbarkeit der A**

Insgesamt hat sich A wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit versuchtem Betrug in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Etwaige andere in Betracht kommende Tatbestände scheiden mithin aus.

#### **B. Strafbarkeit des F**

##### **I. Strafbarkeit des F wegen Betrugs in Mittäterschaft in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB durch die Missachtung der Beschwerde**

F könnte sich wegen mittäterschaftlichen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Meldung des Facebook-Users missachtete. F selbst hat die Täuschungshandlung nicht aktiv begangen. Möglicherweise muss er sich diese jedoch als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zurechnen lassen.<sup>49</sup> Hierfür bedarf es eines gemeinsamen Tatplans.<sup>50</sup> A und F haben weder ausdrücklich noch konkludent Einvernehmen hergestellt. Zwar müssen sich beide nicht kennen,<sup>51</sup> aber insbesondere für eine konkludente Vereinbarung fehlte es an irgendeiner Form der Kommunikation.<sup>52</sup> F hat sich somit nicht gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

##### **II. Strafbarkeit des F wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde**

F könnte sich jedoch wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Meldung des Facebook-Users missachtete.

#### **1. Tatbestand**

##### **a) Täuschung über Tatsachen**

F selbst hat den Post nicht verfasst oder veröffentlicht. Allerdings beobachtete er das Geschehen trotz Meldung eines Nutzers teilnahmslos und verweigerte eine Löschung. Mithin blieb F völlig untätig. Dies hat allerdings keinen ausdrücklichen oder schlüssigen Erklärungswert im Sinne einer (konkludenten) Täuschung durch aktives Tun. Insofern könnte man lediglich von einer Täuschung durch Unterlassen gem. § 13 Abs. 1 StGB ausgehen.<sup>53</sup> Voraussetzungen hierfür sind insbesondere, dass F im Stande und als Garant rechtlich dafür verantwortlich war, die Entstehung oder

<sup>44</sup> Siehe oben A., II., 1., e), f); Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 34 Rn. 7.

<sup>45</sup> Siehe oben A., II., 1., a); Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 34 Rn. 21ff.

<sup>46</sup> Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 243 Rn. 52.

<sup>47</sup> Fischer, StGB (Fn. 1), § 269 Rn. 5; Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 269 Rn. 15ff.; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 269 Rn. 17.

<sup>48</sup> Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 267 Rn. 55; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 267 Rn. 57.

<sup>49</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 44 Rn. 3; Wessels et al., Strafr AT (Fn. 12), Rn. 813.

<sup>50</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 44 Rn. 11; Wessels et al., Strafr AT (Fn. 12), Rn. 815.

<sup>51</sup> BGH NSTZ 2010, 342; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 72.

<sup>52</sup> BGH NSTZ 1985, 70f.; 2003, 85; 2012, 207ff.; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 72; Joecks in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Band 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 236ff.; Wessels et al., Strafr AT (Fn. 12), Rn. 815.

<sup>53</sup> BGHSt 39, 392(398); 51, 165(169); BGH NSTZ 1995, 134; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 14, 18; Wessels et al., Strafr BT 2 (Fn. 4), Rn. 503.

Fortdauer eines Irrtums und seinen Konsequenzen zu verhindern.<sup>54</sup>

### aa) Fehlen eines Lösch- oder Aufklärungsversuchs trotz physisch-realer Möglichkeit

Für F bestand, insbesondere nach der Meldung, die physisch-reale Möglichkeit, diesen Post zu löschen, um somit einen Irrtum bei O zu verhindern.

### bb) Garantenstellung

Zu prüfen ist vor allem, ob der F auch eine Garantenstellung innehatte. F ist Garant, wenn er zu der Bewahrung des betroffenen Rechtsguts rechtlich verpflichtet ist, Beeinträchtigungen abzuwenden oder zu vermeiden und für eine Verletzung dieser Pflicht eintreten muss.

#### (1) Garantenstellung aus Ingerenz

Eine Garantenstellung aus Ingerenz ist mangels Schaffung einer selbstständigen Gefahr durch F ausgeschlossen.<sup>55</sup> Die Gefahr für die Rechtsgüter der Betroffenen schuf bereits A durch die Veröffentlichung des Posts.

#### (2) Garantenstellung aus Gesetz

Mithin käme eine Garantenstellung kraft Gesetzes in Betracht. Eine solche könnte sich allenfalls aus den §§ 7, 10 TMG ergeben. Das TMG selbst begründet allerdings keine Garantenpflicht, sondern enthält im Zweifel lediglich Regelungen über Haftungsprivilegierungen für Internet-Provider und deren Ausschluss.

#### (3) Garantenstellung aus Pflichtenübernahme

Fraglich ist jedoch, ob F möglicherweise eine Garantenstellung durch Pflichtenübernahme erhalten hat. Das Unternehmen „Facebook“ kann selbst keine Garantenstellung als juristische Person haben, nach wohl herrschender Meinung besteht jedoch eine Garantenpflicht für die Betriebsinhaber (sog. „Geschäftsherrenhaftung“).<sup>56</sup> Diese Garantenpflicht könnte sich durch die grundsätzlich mögliche, vertragliche Übernahme von besonderen Schutzpflichten

konkretisieren.<sup>57</sup> Sie begründet sich allerdings nicht bereits durch etwaigen Vertragsschluss, es kommt vielmehr darauf an, dass die Schutzfunktion tatsächlich eintritt, für den Gefährdeten also ein Vertrauensverhältnis geschaffen wird.<sup>58</sup> Legt man die AGB von Facebook aus, spricht vieles für eine solche Übernahme: Nutzer sollen sich wohlfühlen und man beauftrage gesondert Mitarbeiter, gegen etwaigen Missbrauch vorzugehen. Zwar wird eingeräumt, nur „möglicherweise“ die Gemeinschaft schützen zu können, allerdings werde man auch „geeignete Maßnahmen treffen“. Ergänzt wird dies durch eine exemplarische Aufzählung von Maßnahmen, unter die auch die für den vorliegenden Fall erforderliche Löschung von Inhalten fällt. Zurecht spricht daher einiges dafür, dass Facebook gerade dafür wirbt, besonders auf den Schutz der Nutzer zu achten und versucht, ein entsprechendes Vertrauen gegenüber dem Nutzer zu schaffen. Im vorliegenden Sachverhalt ist F eine der Personen, die beauftragt sind, die genannten Schutzmaßnahmen umzusetzen. So ist F zwar kein Geschäftsführer, durch seine Tätigkeit bei Facebook könnten ihm aber die übernommenen Schutzpflichten übertragen worden sein. Zunehmend erhalten sogenannte „Compliance-Officer“ zur Eindämmung von Haftungsrisiken Bedeutung, die regelmäßig mit der unternehmensinternen Kontrolle und der Umsetzung des Compliance-Programms befasst sind.<sup>59</sup> Zwar ist F nicht mit der Überwachung der Mitarbeiter beauftragt, ihn treffen jedoch Pflichten gegenüber den Nutzern und seine Tätigkeit erfolgt auch aus Facebook heraus. Es besteht daher einige Ähnlichkeit zum Compliance-Officer. Umstritten ist, ob diesen eine Garantenpflicht zukommt. Begründen lassen könnte sich eine Garantenstellung aus der übernommenen „Sonderverantwortung“ für eine bestimmte Gefahrenquelle.<sup>60</sup> Zurecht wird hier allerdings kritisiert, dass es dem Compliance-Officer regelmäßig an Weisungsrechten zur effektiven Maßnahmengreifung fehle, es entstehe lediglich eine Informationspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn.<sup>61</sup> Mithin ist der Begriff des Compliance-Officers aber auch nicht abschließend definiert,<sup>62</sup> sodass eine Einzelfallbetrachtung

<sup>54</sup> Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 503.

<sup>55</sup> BGHSt 38, 356 (358); Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 13 Rn. 55.

<sup>56</sup> RGSt 15, 58f.; im Umkehrschluss: BGHSt 54, 44; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 53; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2019, § 13 Rn. 14; Mosbacher/Dierlamm, NSTZ 2010, 268 (269), Anm. zu BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08; Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 1984, 287 (310); dagegen: Kretschmer, JR 2009, 474 (476), Anm. zu BGH, Urt. v. 09.06.2009 – 5 StR 394/08; Stein in: SK-StGB/I (Fn. 57), § 13 Rn. 44; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 1190.

<sup>57</sup> RGSt 64, 81 (84); BGHSt 5, 187 (190); Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 26; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 13 Rn. 9.

<sup>58</sup> Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 26, 28; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 13 Rn. 9.

<sup>59</sup> BGHSt 54, 44; Berndt in: Berndt/Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, 2016, Rn. 460; A. Schwarz, Die strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten, wistra 2012, 13.

<sup>60</sup> BGHSt 54, 44; zum Begriff der Sonderverantwortung: Freund in: MK-StGB/Band 1 (Fn. 52), § 13 Rn. 269ff.

<sup>61</sup> A. Schwarz (Fn. 61), wistra 2012, 13 (16); Warnecke, Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten, NSTZ 2010, 312 (317).

<sup>62</sup> Dannecker/Dannecker, Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, JZ 2010, 981 (988); zust. A. Schwarz (Fn. 61), wistra 2012, 13.

zu erfolgen hat, die eindeutig auf weitreichendere Befugnisse des F im konkreten Arbeitsbereich schließen lässt. F ist mit solchen Weisungs- oder Handlungsbefugnissen jedenfalls dahingehend ausgestattet, sofort effektive Maßnahmen, wie eine Löschung, ergreifen zu können. Mithin steht ihm ein konkreter Handlungsspielraum zu. Abgrenzungsfragen hinsichtlich des Garantenbegriffs entstehen somit auch nicht.<sup>63</sup> Entsprechend größer ist auch der Verantwortungsbereich, selbst wenn keine höhere Stellung besteht. Zusammenfassend entspricht die Funktion des F denen eines Compliance-Officers in den weitreichendsten Punkten. Kritiker der Garantenstellung solcher Beauftragten ist zudem zu entgegnen, dass F vorliegend genau jene Befugnisse hat, die beim typisierten Compliance-Officer als fehlend angemerkt werden. Ihm ist daher eine Überwachungsgarantenstellung durch Übernahme besonderer Schutzpflichten zuzusprechen.

### cc) Nichtverhinderung der Begehungstat eines Dritten

Umstritten ist jedoch, ob eine Täterschaft durch Unterlassen in Fällen einer Nichtverhinderung der Begehungstat eines Dritten überhaupt möglich ist.

#### (1) Subjektive Theorie

Vertreter dieser Ansicht sind der Meinung, dass auch der Unterlassungstäter danach zu bestimmen ist, ob er mit Täterwillen (als *animus auctoris*) unter Hinzuziehung objektiver Kriterien die Tatverhinderung unterlässt.<sup>64</sup> F erkannte, dass es sich um einen falschen Post handelte, fand dies jedoch recht amüsant und hielt es für eine gute Einkommensmöglichkeit. Damit billigte er das Vorgehen der A und wollte noch einige Tage auf die Löschung warten. Zwar ist die Einstellung des F durchaus zu missbilligen, dies kann jedoch noch nicht auf einen täterschaftlichen Vorsatz schließen lassen. Andernfalls käme es zu einer Vermischung der Abgrenzbarkeit von Täterschafts- und Teilnahmevorsatz. Nach der subjektiven Theorie handelte A daher ohne Täterwillen.

#### (2) Tatherrschaftstheorie

Nach der Tatherrschaftstheorie hat die vorliegend problematische Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme durch die Tatherrschaftslehre zu erfolgen.<sup>65</sup> Dass es zu einem vollendeten Betrug der A kam, hing im Wesentlichen auch von der Billigung durch F ab, der es gerade in der Hand hatte den falschen Post zu löschen. Diese Kontrollmöglichkeit kann bei Missachtung jedoch nicht schon zur Tatherrschaft und folglich zur Täterschaft führen. Mithin setzt die Möglichkeit der Erfolgsabwendung jede Unterlassungstäterschaft voraus.<sup>66</sup> F hatte somit gerade keine Tatherrschaft und ist als Teilnehmer zu betrachten.

#### (3) Täterschaftstheorie

Anders beurteilt dies jedoch die Täterschaftstheorie, deren Vertreter der Auffassung sind, dass bei Nichthinderung einer fremden Begehungstat der unterlassende Garant stets Täter durch Unterlassen ist.<sup>67</sup> F wäre folglich niemals Teilnehmer.

#### (4) Teilnahmetheorie

Nach der Teilnahmetheorie ist die Nichthinderung einer fremden Begehungstat im Zweifel immer nur eine Beihilfe.<sup>68</sup> Auch nach dieser Ansicht hätte sich F daher gegebenenfalls lediglich der Beteiligung am Betrug durch Unterlassen strafbar gemacht.

#### (5) Differenzierende Theorie

Die differenzierende Theorie unterscheidet nach der Art der Garantenstellung. So seien unterlassende Beschützergaranten stets als Täter zu betrachten, wohingegen der unterlassende Überwachungsgarant lediglich Teilnehmer einer fremden Begehungstat durch Unterlassen ist.<sup>69</sup> Insofern ist F als Überwachungsgarant zu betrachten.<sup>70</sup> Somit wäre eine Täterschaft ebenfalls ausgeschlossen.

#### (6) Stellungnahme

Insgesamt kommt daher lediglich die Täterschaftstheorie zu dem Ergebnis, dass F als Täter durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar wäre. Gegen die Täterschaftstheorie spricht insbesondere, dass auch bei

<sup>63</sup> Entgegen Dannecker/Dannecker (Fn. 64), JZ 2010, 981 (990).

<sup>64</sup> BGHSt 2, 150 (151); 4, 20 (21); 13, 162 (166).

<sup>65</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 51 Rn. 18f.; Satzger, Der irrende Garant – zur Abgrenzung von Tatbestands- und Gebotsirrtum beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt, JURA 2011, 432 (434); Weigend in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum StGB/Band 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 94f.

<sup>66</sup> Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Rn. 30; Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 51 Rn. 18f.

<sup>67</sup> Bachmann/Eichinger, Täterschaft beim Unterlassungsdelikt, JA 2011, 105 (107f.); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil/Band II, 2003, § 31 Rn. 140ff.

<sup>68</sup> Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 686 (687); Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 27 Rn. 5.

<sup>69</sup> Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 102.; Seher, Grundfälle zur Beihilfe, JuS 2009, 793 (797); Vogel/Hocke, Der Fall Theresa Marie Schiavo, JURA 2005, 709 (710).

<sup>70</sup> Siehe oben B., II., a), bb), (3).

Unterlassungsdelikten eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme gegeben ist.<sup>71</sup> Andernfalls käme es zu einer Schlechterstellung des Unterlassenden, der einer obligatorischen Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB beraubt werden würde.<sup>72</sup> Das Unterlassen selbst begründet jedoch gerade nicht mehr Unrecht als Täterschaft durch aktives Handeln, denn andernfalls hätte es einer fakultativen Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB nicht bedurft.<sup>73</sup> Im Hinblick auf erhöhtes Unrecht und Schuld kann man im Einzelfall überdies einen unbenannten, besonders schweren Fall annehmen, um das Unrecht entsprechend zu berücksichtigen. Da eine täterschaftliche Begehung durch Unterlassen nach den anderen Theorien gerade nicht gegeben ist, ist eine Stellungnahme zwischen diesen Ansichten entbehrlich.

### b) Zwischenergebnis

Somit erfolgte keine Täuschung durch Unterlassen im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB.

## 2. Ergebnis

Zusammenfassend hat sich F daher nicht wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er die Meldung des Nutzers missachtete.

### III. Strafbarkeit des F wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

Indem F die Beschwerde des Nutzers missachtete, könnte er sich allerdings wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Wie bereits geprüft, liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat vor.<sup>74</sup> Fraglich ist jedoch, ob auch die Voraussetzungen des Hilfeleistens durch Unterlassen gegeben sind. Ein „Hilfeleisten“ ist jeder Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert.<sup>75</sup> A und F hatten keinerlei Kontakt, insofern könnte auch hier ein Hilfeleisten nur durch Unterlassen erfolgt sein. Diesbezüglich hatte F eine Garantenstellung inne.<sup>76</sup> Da er nicht auf die Meldung des anonymen Nutzers reagierte und den Post der A wei-

terhin in der Welt ließ, wurde O erst auf diesen aufmerksam und spendete daher Geld. Das Unterlassen der Löschung war folglich kausal für die Verfügung des O. Zudem hatte F auch Vorsatz bezüglich aller objektiven Merkmale des Tatbestandes. Er beschloss, den Post nicht zu löschen, damit sich A etwas Geld dazuverdiente. F handelte auch rechtswidrig. Fraglich ist allerdings, ob F auch schuldhaft handelte. Dies ist bei Internetstraftaten nicht immer einfach festzulegen.<sup>77</sup> F hielt sein Verhalten im Sinne eines Unterlassens jedenfalls für moralisch verwerflich. Zwar besteht Uneinigkeit über die Anforderungen für das Unrechtsbewusstsein des Täters. Auch nach der herrschenden, weiten Meinung ist jedoch das bloße Bewusstsein der Sozialschädlichkeit oder des Widerspruchs zur Sittenordnung nicht ausreichend.<sup>78</sup> Es erübrigt sich daher eine Stellungnahme. Folglich kommt es darauf an, ob ein Irrtum vermeidbar war. Maßgeblich ist, ob der Täter die gehörige Anspannung seines Gewissens unterlassen und es dadurch versäumt hat, die Unrechtmäßigkeit seines Handelns zu erkennen.<sup>79</sup> Insofern kann man bei F davon ausgehen, dass aufgrund seiner Stellung im Unternehmen und einer wertenden Gesamtbetrachtung der Irrtum durchaus vermeidbar war. Er erhielt eine Meldung mit dem Hinweis auf eine mögliche Straftat, die er durch sein Unterlassen unterstützen wollte. Im Ergebnis handelte F daher auch schuldhaft, die Strafe könnte jedoch gem. §§ 17 S. 2, 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Eine etwaige Strafschärfung entfällt aufgrund von § 28 Abs. 2 StGB. Hiernach wird nur der Teilnehmer durch strafscharfende Gesetze bestraft, bei dem entsprechend besondere persönliche Merkmale vorliegen. Dieses Merkmal, in Gestalt der Gewerbsmäßigkeit, lag bei F allerdings nicht vor. F hat sich somit wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### IV. Strafbarkeit des F wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

Diesbezüglich hat sich A wegen Beteiligung am Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Damit entfällt eine Strafbarkeit wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 3 S. 1 StGB.

<sup>71</sup> Otto, Beihilfe durch Unterlassen, JuS 2017, 289 (291); Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 92; Rengier, Strafr AT (Fn. 12), § 51 Rn. 16.

<sup>72</sup> Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 92.

<sup>73</sup> Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 92.

<sup>74</sup> Siehe oben A., II., 4.; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 27 Rn. 1.

<sup>75</sup> Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 27 Rn. 2; Wessels et al., Strafr AT (Fn. 12), Rn. 900.

<sup>76</sup> Siehe oben B., II., 1., a), bb).

<sup>77</sup> Ausführlich Hilgendorf/Valerius, Internetstrafrecht (Fn. 57), Rn. 248ff.

<sup>78</sup> Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 17 Rn. 2.

<sup>79</sup> BGHSt 21, 18 (20); NSStZ 2000, 307 (309).

## V. Strafbarkeit des F wegen Strafvereitelung gem. § 258

### Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

Indem A die Meldung des Nutzers missachtete, könnte sich A zudem wegen Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Eine Straftat der A liegt vor. Fraglich ist daher, ob F die Ahndung dieser Vortat vereitelt hat. Vereiteln ist jede Besserstellung des Täters hinsichtlich der Strafverfolgung.<sup>80</sup> Zwar hat F nicht aktiv gehandelt. Eine Vereitelung durch Unterlassen ist aber grundsätzlich möglich.<sup>81</sup> Hierfür müsste sich die Garantenpflicht jedoch direkt auf das Rechtsgut der Strafvereitelung beziehen.<sup>82</sup> Facebook, beziehungsweise F, hat zwar freiwillig eine Garantenstellung übernommen, diese bezieht sich allerdings nur auf die Überwachung des Systems. Eine Pflicht, etwaige Täter einer Bestrafung zuzuführen, lässt sich aus privatrechtlichen Vereinbarungen nicht ableiten.<sup>83</sup> Folglich hat sich F auch nicht wegen Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## VI. Gesamtergebnis für die Strafbarkeit des F

Zusammenfassend hat sich F somit wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er es unterließ, die Meldung des Nutzers mit entsprechenden Maßnahmen zu beachten.

## C. Zusatzaufgabe 1: Sanktionierbarkeit von Facebook

### I. Strafbarkeit nach dem StGB

Das deutsche Strafrecht kennt nach dem *societas-delinquere-non-potest*-Grundsatz keine Unternehmensstrafe, da juristische Personen weder handlungs- noch schuldfähig sind.<sup>84</sup> Eine Strafbarkeit nach dem StGB ist daher ausgeschlossen.

### II. Sanktionierung gem. §§ 9, 30, 130 OWiG

Des Weiteren könnte eine Geldbuße gem. §§ 9, 30, 130 OWiG gegen die Facebook Germany GmbH verhängt werden. Dies ist der Fall, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 OWiG erfüllt sind.

### 1. Sanktionsfähiger Verband

Facebook Germany GmbH müsste ein sanktionsfähiger Verband sein. Eine Verbandsgeldbuße kann regelmäßig gegen juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften verhängt werden.<sup>85</sup> Bei der Facebook Germany GmbH handelt es sich um eine juristische Person mit Sitz in Deutschland. Dass der Konzern Facebook Inc. seinen Sitz in den USA hat, hindert nicht die Anwendbarkeit der Vorschrift für die Tochtergesellschaft.<sup>86</sup>

### 2. Tauglicher Täter

Des Weiteren bedarf es eines tauglichen Täters. § 30 Abs. 1 OWiG nennt als weitere Voraussetzung, dass die Anknüpfungstat von einem Repräsentanten des Verbandes begangen worden ist, der über entsprechend selbstbestimmte Kompetenzen verfügt. Dies richtet sich vorliegend insbesondere nach § 30 Abs. 1 Nr. 1-5 OWiG.<sup>87</sup>

### a) J, S und D als Geschäftsführer der Facebook Germany GmbH

Mithin sind J, S und D gem. §§ 6, 35 GmbHG als Geschäftsführer der Facebook Germany GmbH taugliche Täter im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 OWiG.

### b) F als sonstige Leistungsperson, §§ 9, 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG

Nach der Generalklausel des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG könnte F als „sonstige Leitungsperson“ bezeichnet werden. Hiervon erfasst sind nach herrschender Meinung auch Personen mit Überwachungs- und Kontrollfunktionen, insbesondere aber auch Compliance-Officer.<sup>88</sup> Wie bereits geprüft, handelt es sich bei der Stellung des F innerhalb von Facebook um eine, die dem Compliance-Officer sehr ähnelt.<sup>89</sup> Mithin wurde angenommen, dass seine Kompetenzen in der konkreten Sachlage sogar über jene eines solchen hinausgingen, sodass eine Garantenstellung begründet werden konnte.<sup>90</sup> Fraglich erscheint jedoch, ob F dadurch tauglicher Täter im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG ist. Ent-

<sup>80</sup> Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 1), § 258 Rn. 11 m.w.N.

<sup>81</sup> BGH NSTZ 92, 541; 93, 383; Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 258 Rn. 17.

<sup>82</sup> Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 258 Rn. 17.

<sup>83</sup> Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 258 Rn. 17.

<sup>84</sup> Scholz, Strafbarkeit juristischer Personen?, ZRP 2000, 435 (436f.); Theile/Petermann, Die Sanktionierung von Unternehmen nach dem OWiG, JuS 2011, 496.

<sup>85</sup> Rongall in: Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 34ff.; Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (500).

<sup>86</sup> Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 33.

<sup>87</sup> Achenbach, Ausweitung des Zugriffs bei den ahndenden Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz, wistra 2002, 441 (443).

<sup>88</sup> Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 84

<sup>89</sup> Siehe oben B., II., 1., a), bb), (3).

<sup>90</sup> Siehe oben B., II., 1., a), bb), (3).

scheidend dabei ist die Regelfunktion der Compliance-Officer, welche sich insbesondere mit der Überwachung betriebsinterner Abläufe befassen, wodurch eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person begründet wird.<sup>91</sup> Zwar hat F weitreichende Handlungskompetenzen durch Übertragung von Reaktions- und Sanktionsbefugnissen erlangt; diese begründen aber gerade im konkreten Einzelfall noch keine leitende Stellung innerhalb des Unternehmens Facebook, auf die es allerdings nach der Ratio des § 30 Abs. 1 Nrn. 1–5 OWiG ankommt.<sup>92</sup> Insofern zeigt sich, dass die Stellung des F zwar jener eines Compliance-Officer ähnelt, sich jedoch im Ergebnis anders darstellt: So kann zwar eine Garantenstellung des F begründet werden, dies reicht allerdings nicht für eine weitreichende Unternehmenshaftung aus. Möglich erscheint es schließlich, dass F ausdrücklich einzelne Aufgaben des Inhabers gem. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG übertragen wurden. Eine Zurechnung über diese Ergänzungs- und Zurechnungsvorschrift erscheint jedoch lediglich im Hinblick auf etwaige Verstöße gegen § 130 OWiG sinnvoll. Diese Vorschrift ist wiederum eine typische Anknüpfungstat des § 30 OWiG, doch auch hier muss sie von einer Person mit leitender Stellung begründet werden. Eine Ausdehnung auf Personen ohne leitende Stellung über die Zurechnung aus § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG würde andernfalls die Ratio des § 30 Abs. 1 OWiG unterlaufen, der zwar grundsätzlich i.V.m. §§ 9, 130 OWiG eine Zurechnung des Zuwiderhandelns der Geschäftsleitung ermöglichen soll, jedoch scheint sich der Wortlaut stets auf Personen mit leitenden Funktionen zu beschränken.<sup>93</sup> Handelte jemand faktisch als Leitung, ohne dies eigentlich zu sein, wäre eine Anwendung des § 9 OWiG denkbar. In Betracht kommen daher nur Anknüpfungstaten von J, S und D.

### 3. Anknüpfungstat, § 130 OWiG – Verletzung von Aufsichtspflichten

Vorliegend käme eine Ahndbarkeit der Geschäftsführer J, S und D gem. § 130 OWiG in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn Aufsichtsmaßnahmen zur Verhinderung betriebsinterner Pflichtwidrigkeiten unterlassen wurden.

#### a) Tatbestand

**aa) Inhaber des Betriebs/Unternehmens, §§ 9, 130 OWiG**  
J, S und D müssten Inhaber eines Unternehmens oder eines

Betriebs sein. Inhaber ist derjenige, dem die Erfüllung der den Betrieb oder das Unternehmen betreffenden Pflichten obliegt.<sup>94</sup> J, S und D sind die gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertretungsberechtigten Geschäftsführer der Tochtergesellschaft Facebook Germany GmbH. Ihnen obliegen die unternehmensbezogenen Pflichten. Zwar käme hier eine Gleichstellung von F, J, S und D in Betracht, was zu einer Sanktionierbarkeit von F hinsichtlich § 130 OWiG führen könnte, allerdings ist F gerade nicht tauglicher Täter im Sinne der Sanktionierung von Facebook gem. § 30 OWiG.

#### bb) Tathandlung: Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen

Mithin müssten J, S und D die erforderlichen und zumutbaren Aufsichtsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr von Zuwiderhandlungen unterlassen haben. Jene Aufsichtsmaßnahmen können jedoch nicht abstrakt für alle Betriebs- und Unternehmensbereiche festgelegt werden, in erster Linie komme es auf Art, Größe, Betätigungsfeld und Vielfalt der zu beachtenden Vorschriften und auf den Umfang der Gefahren an.<sup>95</sup> Verlangt würden insbesondere keine flächendeckende Personalkontrolle, sondern lediglich solche Maßnahmen, die eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Unterbleiben unternehmensbezogener Verfehlungen bieten.<sup>96</sup> Es ist insgesamt nicht ersichtlich, inwiefern es im vorliegenden Sachverhalt zu einem solchen Unterlassen kam. So kann es J, S und D gerade nicht zugemutet werden, jedes vorsätzliche Handeln des F zu überwachen, ist dieser doch gerade auch Teil eines eigens geschaffenen Compliance-Systems. Erst recht kann dies dann auch nur für Facebook Inc. als Konzernmutter gelten. Anders als zu den Geschäftsführern J, S und D besteht zu Facebook Inc. noch eine größere Distanz, wobei nicht vertretbar erscheint, dass die Geschäftsführer nicht erfasst sind, der Mutterkonzern mit Sitz in den USA jedoch schon.

#### b) Zwischenergebnis

Eine Sanktionierung von J, S und D gem. § 130 OWiG kommt daher nicht in Betracht.

### 4. Ergebnis

Damit fehlt es an einer notwendigen Anknüpfungstat, der Tatbestand des § 30 OWiG ist mithin nicht erfüllt. Somit kann Facebook nicht gem. §§ 9, 30, 130 OWiG sanktioniert werden.

<sup>91</sup> Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 84; zust. Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (500).

<sup>92</sup> Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 84 a.E.

<sup>93</sup> Im Ergebnis wohl Achenbach in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 1. Teil/3. Kapitel Rn. 15f-

<sup>94</sup> Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 130 Rn. 25.

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf wistra 1999, 115 (116); Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 130 Rn. 43; Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (498).

<sup>96</sup> Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (498) m.w.N.

### III. Sanktionierung nach dem NetzDG

Eine Sanktionierung nach dem NetzDG kommt nicht in Betracht, insofern handelt es sich bei § 263 Abs. 1 StGB nicht um einen rechtswidrigen Inhalt im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

### IV. Sanktionierung nach dem TMG

Des Weiteren könnte an eine Sanktionierung gem. § 16 Abs. 1, Abs. 2 TMG gedacht werden. Dabei beziehen sich die Bußgeldvorschriften des TMG jedoch auf Verstöße gegen Informationspflichten sowie die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten. Solche Verstöße sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich, sodass eine Sanktionierung von Facebook gem. § 16 Abs. 1, Abs. 2 TMG, unabhängig von der Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des TMG, ausgeschlossen ist.

### V. Ergebnis zur Zusatzaufgabe 1

Insgesamt kann Facebook daher nicht im Ausgangsfall selbst sanktioniert werden.

## D. Zusatzaufgabe 2: Sanktionierbarkeit von Facebook durch das NetzDG

### I. Sanktionierung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG

Möglicherweise könnte Facebook gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG sanktioniert werden. Dies ist der Fall, wenn der Anwendungsbereich des NetzDG eröffnet ist und ein Verstoß gegen die Vorschriften des NetzDG entsprechend der Nummern des § 4 Abs. 1 NetzDG vorliegt.

#### 1. Anwendungsbereich, § 1 NetzDG

##### a) Soziales Netzwerk (Telemediendiensteanbieter)

Zunächst müsste es sich bei Facebook um ein soziales Netzwerk handeln. Nach § 1 NetzDG sind soziale Netzwerke Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen. Plattformanbieter wie Facebook sind regelmäßig als Telemedien nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG zu qualifizieren, insbesondere ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zum Rundfunk nur dann, wenn Aufnahmen eines Streamingdienstes bereitgestellt werden.<sup>97</sup> Für die Stellung eines Diensteanbieters genügt die Anbieterfunktion, eine

Nutzung zu ermöglichen, sodass soziale Netzwerke wie Facebook stets Diensteanbieter sind.<sup>98</sup> Damit ist Facebook als soziales Netzwerk im Sinne des § 1 NetzDG zu bezeichnen.

##### b) Rechtswidriger Inhalt

Zudem handelt es sich bei dem Straftatbestand des § 126 StGB um einen rechtswidrigen Inhalt im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG. Da die Tathandlung durch A ebenfalls im Inland begangen wurde, sind auch die Anforderungen der §§ 3, 9 StGB bezüglich abstrakter Gefährdungsdelikte erfüllt. Ein Streit hinsichtlich der Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte im Ausland ist daher entbehrlich.<sup>99</sup>

##### c) Kein Ausschluss, § 1 Abs. 2 NetzDG

Ein Ausschluss von Facebook durch die Bagatellgrenze<sup>100</sup> des § 1 Abs. 2 NetzDG ist nicht ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass Facebook mehr als 2 Mio. Nutzer in Deutschland hat.

## 2. Verstoß gegen die Vorschriften und Pflichten des NetzDG gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG

Des Weiteren müsste gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 3 Abs. 4 S. 1 NetzDG vorliegen. Im vorliegenden Sachverhalt erhielt F als Sachbearbeiter des Beschwerdemanagements bei Facebook eine Meldung im Sinne des NetzDG. Auf diese reagierte er allerdings nicht und missachtete damit die von Facebook übernommenen Schutzpflichten. Fraglich erscheint jedoch, ob dies für eine Sanktionierung nach dem NetzDG ausreicht. § 4 Abs. 1 NetzDG normiert in der numerischen Aufzählung verschiedene Möglichkeiten an Verstößen, die zu einer Ahndung führen können, wenn die „Bausteine des Beschwerdemanagements“ nicht oder nicht richtig umgesetzt werden.<sup>101</sup> Denkbar wäre insbesondere ein Verstoß gegen die Pflicht der Leitung (namentlich J, S und D) zur Überwachung des Umgangs mit Beschwerden. Entscheidend für eine Sanktionierung sind jedoch Verstöße gegen das aus dem NetzDG geforderte Verfahren. Damit ist nur organisatorisches und systemisches Versagen bußgeldbewährt.<sup>102</sup> Die Tatsache, dass F auf die Beschwerde nicht reagierte und auch kein Informationsaustausch zwischen ihm und der Unternehmensleitung stattfand, widerspricht

<sup>97</sup> Liesching in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 42f.

<sup>98</sup> Liesching in: Spindler/Schmitz, TMG (Fn. 99), § 1 NetzDG Rn. 45; Rockstroh, Impressumspflicht auf Facebook-Seiten, MMR 2013, 627 (629).

<sup>99</sup> Handel, Hate Speech – Gilt deutsches Strafrecht gegenüber ausländischen Anbietern sozialer Netzwerke?, MMR 2017, 227ff.; Kundlich/Berberich (Fn. 2), NStZ 2019, 633ff.

<sup>100</sup> BT-Drs. 18/12727.

<sup>101</sup> Heim, Inkrafttreten des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, StraFo 2017, 409 (412).

<sup>102</sup> Heim, StraFo 2017 (Fn. 103), 409 (412).

zwar den Vorgaben des NetzDG; bei einmaligen Verstößen kann allerdings noch nicht von einem Versagen des eingerichteten Beschwerdeverfahrens ausgegangen werden.<sup>103</sup> Der Schutz des NetzDG ist daher nicht auf etwaige Verfehlungen im Einzelfall ausgerichtet, sondern auf die Installation eines insgesamt funktionsfähigen Compliance-Systems. Dies ist allerdings durch Facebook erfolgt. Somit liegt kein Verstoß gegen die Vorschriften des NetzDG im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG vor.

## **II. Ergebnis**

Im Ergebnis kann Facebook daher nicht gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG sanktioniert werden.

---

<sup>103</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 24; *Liesching* in: Spindler/Schmitz, TMG (Fn. 99), § 4 NetzDG Rn. 5.

## Klausur im Grundkurs Sachenrecht I

stud. iur. Svenja Schierloh, 17 Punkte

Die Klausur wurde an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Wintersemester 2019/2020 bei Professor Dr. Stephan Meder geschrieben, ihm gebührt herzlicher Dank für das Einverständnis der Sachverhaltsveröffentlichung.

### Sachverhalt

Der X verkauft der A ein Paar Stiefel der bekannten Marke „Prof. Nartens“ in schlichtem Weiß. Die Übergabe findet statt. A hat sich nach einiger Zeit jedoch an diesem, ihrer Meinung nach „allzu gewöhnlichen“ Design sattgesehen und bemalt die Stiefel mithilfe wasserfester Filzstifte mit einem aufwendigen floralen Muster. Die Kosten hierfür betragen EUR 30,00. Das neue Design gelingt derart gut, dass sich der Verkehrswert der Schuhe um EUR 60,00 erhöht. Außerdem muss A die Stiefel aufgrund starker Abnutzungserscheinungen für insgesamt EUR 50,00 neu besohlen lassen, obwohl dies bei Stiefeln dieser Marke für gewöhnlich nicht erforderlich ist.

Als A für längere Zeit mit ihrer Freundin verreisen will, ist in ihrem Gepäck kein Platz mehr für die einzigartigen, aber auch sehr schweren Stiefel. Aus Angst, dass diese während ihrer Abwesenheit von der unliebsamen Mitbewohnerin getragen werden, bittet sie ihre Kommilitonin B, die Stiefel während ihres Urlaubes zu verwahren, aber nicht zu tragen. B willigt ein und nimmt das Schuhwerk an sich.

Nachdem A wieder zuhause ist, beschließt sie, inspiriert durch die vielen Reiseeindrücke, ihren Modestil grundlegend zu verändern. So kommt es, dass A auch die außergewöhnlichen „Prof. Nartens“-Stiefel loswerden möchte und in der Person von C eine passende Käuferin findet. Die beiden werden sich einig. Weil sich die Schuhe noch in der Obhut von B befinden, tritt A der C ihren Herausgabeanspruch gegen B der Einfachheit halber ab. Was A nicht weiß, ist, dass C die Schwester des X ist und diese davon Kenntnis hat, dass X beim Verkauf der Stiefel an A, was zutrifft, temporär unerkant geisteskrank war.

B ist mit dem Geschäft der A überhaupt nicht einverstanden, weil sie sich erhofft hatte, die Stiefel geschenkt zu bekommen, sobald die unstete A das Interesse an ihnen verloren haben würde. Um der „eingebildeten“ A eins auszuwischen, verkauft und übergibt B die Schuhe dementsprechend an die D. Diese findet das aufgemalte Muster hässlich und kann mit diesem demnach nichts anfangen. Dem „Spottpreis“ kann sie aber trotzdem nicht widerstehen. Von allen bisherigen Vorgängen hatte D keine Kenntnis.

Nachdem sich bereits die entrüstete C an A gewendet hat, bekommt A zudem einen Anruf von X, der seine Stiefel aufgrund seiner damaligen Geisteskrankheit zurückfordert. A ist schockiert über den Verlauf der Angelegenheit, möchte aber zumindest nicht auf ihren Kosten für die Bemalung und die Besohlung der Stiefel „sitzen bleiben“ und verweist X im Übrigen an D.

**Frage 1: Hat X Herausgabeansprüche gegen D?**

**Frage 2: Hat A Ansprüche auf Ersatz der Kosten für die Bemalung sowie die Besohlung der Stiefel?**

**Bearbeitervermerk:** Es sind ausschließlich sachenrechtliche Ansprüche zu prüfen! Im Übrigen ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. auch hilfsgutachterlich, einzugehen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**Frage 1:****A. Anspruch aus § 985 BGB**

X könnte gegen D einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe der Stiefel haben.

**I. Eigentümerstellung**

X müsste Eigentümer i. S. d. § 903 BGB sein.

**1. Ursprünglich**

Ursprünglich war X gem. § 1006 Abs. 2 BGB Eigentümer.

**2. Eigentumsverlust an A**

X könnte sein Eigentum durch Eigentumsübertragung gem. § 929 S. 1 BGB an A verloren haben.

**a) Einigung**

X und A müssten sich dinglich geeinigt haben. Eine dingliche Einigung sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen, die auf Eigentumsübertragung gerichtet sind. X war zum Zeitpunkt des Verkaufs temporär unerkant geisteskrank, sodass seine Willenserklärungen gem. §§ 105ff. BGB nichtig sind. Eine Einigung liegt nicht vor.

**b) Zwischenergebnis**

X hat sein Eigentum nicht an A verloren.

**3. Eigentumsverlust durch Verarbeitung**

X könnte sein Eigentum gem. § 950 BGB an A verloren haben. A müsste mit der Bemalung eine neue bewegliche Sache hergestellt haben. Die Bemalung hat die Sache Stiefel aber nicht verändert, sodass keine neue bewegliche Sache entstanden ist und X sein Eigentum nicht gem. § 950 BGB verloren hat.

**4. Eigentumsverlust durch Verwahrungsvertrag**

X könnte sein Eigentum durch den Verwahrungsvertrag gem. § 688 BGB zwischen A und B verloren haben. Allerdings begründet ein Verwahrungsvertrag keinen Eigentumsübergang, sodass X sein Eigentum nicht verloren hat.

**5. Eigentumsverlust an C**

X könnte sein Eigentum durch Übertragung von A an C gem. §§ 929 S. 1, 931, 934 BGB verloren haben.

**a) Einigung**

A und C müssten sich dinglich geeinigt haben. Laut Sachverhalt waren sie sich einig, sodass eine Einigung vorliegt.

**b) Abtretung des Herausgabeanspruchs**

A müsste C einen Herausgabeanspruch gem. §§ 398ff. BGB wirksam abgetreten haben. A und C haben konkludent einen Abtretungsvertrag geschlossen, A als Zedent ist Inhaber der Forderung aus § 695 BGB gegen B. Diese Forderung ist auch bestimmbar und die Abtretung nicht gem. §§ 399, 400 BGB ausgeschlossen. A hat C einen Herausgabeanspruch wirksam abgetreten.

**c) Einigsein**

A und C waren sich einig zum Zeitpunkt der Abtretung.

**d) Berechtigung**

A müsste auch Berechtigter gewesen sein. Berechtig ist grundsätzlich der Eigentümer oder der gem. § 185 BGB vom Eigentümer Ermächtigte. A ist weder Eigentümer noch von X ermächtigt worden, sodass sie keine Berechtigte ist. Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten kommt in Betracht.

**aa) Verkehrsgeschäft**

Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft i. S. eines Verkehrsgeschäfts.

**bb) Rechtsscheintatbestand**

Der Rechtsscheintatbestand aus § 934 Alt. 1 BGB müsste erfüllt sein. A müsste mittelbarer Besitzer gegenüber B gem. § 868 BGB sein und daraus einen Herausgabeanspruch gegen B besitzen. B ist unmittelbarer Besitzer gem. § 854 Abs. 1 BGB und besitzt zum Zeitpunkt der Übertragung die Stiefel auch noch für A, sodass Fremdbesitzwillen vorliegt. Ein Herausgabeanspruch ergibt sich aus § 695 BGB. A ist mittelbarer Besitzer, sodass gem. § 934 Alt. 1 BGB die Abtretung als Rechtsschein ausreicht. Ein Rechtsscheintatbestand liegt vor.

**cc) Guter Glaube**

C müsste gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB sein, also im Umkehrschluss weder grob fahrlässig noch wissentlich A für einen Nicht-Eigentümer gehalten haben. C wusste, dass X unerkant geisteskrank war und somit auch, dass A keine Eigentümerin ist. Ein guter Glaube liegt nicht vor.

**e) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen der §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB liegen nicht vor, sodass X Eigentümer geblieben ist.

**6. Eigentumsverlust an D**

X könnte sein Eigentum durch Eigentumsübertragung von B an D gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB verloren haben.

**a) Einigung**

B und D waren sich konkludent einig, sodass eine dingliche Einigung vorliegt.

**b) Übergabe**

B müsste die Stiefel an D übergeben haben. D müsste unmittelbarer Besitzer gem. § 854 Abs. 1 BGB geworden sein und B sämtlichen Besitz aufgegeben haben. D kann über die Stiefel die tatsächliche Sachherrschaft ausüben und andere von deren Nutzungen ausschließen, sodass er unmittelbarer Besitzer geworden ist. B hat den Besitz vollständig aufgegeben. Eine Übergabe liegt vor.

**c) Einigsein**

B und D waren sich auch zum Zeitpunkt der Übergabe immer noch einig.

**d) Berechtigung**

B müsste zur Eigentumsübertragung berechtigt sein. Als nicht von X gem. § 185 BGB ermächtigt und als Nicht-Eigentümer ist B keine Berechtigte.

**aa) Verkehrsgeschäft**

Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft i. S. eines Verkehrsgeschäfts.

**bb) Rechtsscheintatbestand**

Ein Rechtsscheintatbestand müsste vorliegen. Aufgrund der Besitzvermutung reicht eine Übergabe durch B als Rechtsschein aus. B hat D die Stiefel übergeben. Ein Rechtsschein liegt vor.

**cc) Guter Glaube**

D müsste gutgläubig i. S. d. § 932 Abs. 2 BGB gewesen sein. D hatte keine Kenntnis und aufgrund der Negativvermutung kann sie nur wegen eines „Spottpreises“ nicht schon grob fahrlässig die Nichtberechtigung verkannt haben. D war gutgläubig.

**dd) Kein Ausschluss gem. § 935 Abs. 1 BGB**

X dürften die Stiefel nicht abhandengekommen sein. Dazu hätte X den Besitz der Stiefel unfreiwillig verlieren müssen, er hat aber freiwillig an A verkauft. Ein Ausschluss kommt somit nicht in Betracht.

**ee) Zwischenergebnis**

X hat sein Eigentum gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB an D verloren. X ist kein Eigentümer.

**II. Ergebnis**

X hat keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

**B. Anspruch aus § 861 BGB**

X könnte einen Herausgabeanspruch gegen D aus § 861 BGB haben.

**I. Früherer Besitzer**

X müsste früherer Besitzer der Stiefel gewesen sein. Ursprünglich waren die Stiefel in seinem Besitz, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

**II. Entzug durch verbotene Eigenmacht**

Die Stiefel müssten X durch verbotene Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB entzogen worden sein. X hat die Stiefel freiwillig A gegeben, sodass sie ihm nicht ohne seinen Willen entzogen wurden. Verbotene Eigenmacht liegt nicht vor.

**III. Ergebnis**

X hat keinen Herausgabeanspruch aus § 861 BGB.

**C. Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB**

X könnte einen Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB gegen D haben.

**I. Früherer Besitzer einer beweglichen Sache**

X war früherer Besitzer der Stiefel, die eine bewegliche Sache i. S. d. § 90 BGB darstellen.

**II. Bösgläubigkeit des jetzigen Besitzers**

D müsste bösgläubig gem. § 932 Abs. 1 BGB analog sein. D ist gutgläubig (s. o.), eine Bösgläubigkeit scheidet aus.

**III. Ergebnis**

X hat keinen Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB.

**D. Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB**

X könnte einen Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB gegen D haben.

**I. Früherer Besitzer**

X war früherer Besitzer der Stiefel.

**II. Abhandenkommen der Sache**

Die Stiefel müssten X abhandengekommen sein. X hat A die Stiefel freiwillig gegeben, sodass sie ihm nicht abhandengekommen sind.

**III. Ergebnis**

X hat keinen Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB.

**E. Gesamtergebnis**

X hat keinen Herausgabeanspruch gegen D.

**Frage 2:****A. Anspruch aus § 994 BGB gegen D bezüglich der Bemalung**

A könnte einen Verwendungsersatzanspruch bezüglich der Bemalung gegen D gem. §§ 994, 999 Abs. 2 BGB haben.

**I. Vindikationslage zum Zeitpunkt der Verwendungen**

Zum Zeitpunkt der Verwendungen war X noch Eigentümer, A Besitzer und A aufgrund des nichtigen Kaufvertrags auch unrechtmäßiger Besitzer. D muss sich aber gem. § 999 Abs. 2 BGB die Verpflichtungen des X als neuer Eigentümer gegenhalten lassen. Die Voraussetzung ist erfüllt.

**II. Notwendige Verwendungen**

A müsste notwendige Verwendungen geleistet haben. Verwendungen sind freiwillige Vermögensaufwendungen, die der Sache zugutekommen. Die Stiefel sind durch die Bemalung in ihrem Wert gestiegen, sodass diese ihnen zugutegekommen ist. Notwendige Verwendungen sind solche, die zur Erhaltung der Sache erforderlich sein. Eine Bemalung war nicht erforderlich, sodass keine notwendigen Verwendungen vorliegen.

**III. Ergebnis**

A hat gegen D keinen Anspruch aus §§ 994, 999 Abs. 2 BGB bezüglich der Bemalung.

**B. Anspruch aus § 994 BGB gegen D bezüglich der Besohlung**

A könnte einen Verwendungsersatzanspruch bezüglich

der Besohlung gegen D gem. §§ 994, 999 Abs. 2 BGB haben.

**I. Vindikationslage zum Zeitpunkt der Verwendungen**

Eine Vindikationslage lag vor.

**II. Notwendige Verwendungen**

Die Besohlung müsste eine notwendige Verwendung sein. Sie kommt den Stiefeln aufgrund der Abnutzungen zugute. Abnutzungen können den Schuh langfristig schwer beschädigen, sodass die Verwendung auch erforderlich war.

**III. Gutgläubigkeit der A**

A müsste gutgläubig gewesen sein gem. § 932 Abs. 2 BGB. A wusste nicht und wusste auch nicht grob fahrlässig nicht, dass sie nicht Eigentümerin geworden ist. A war gutgläubig.

**IV. Kein Ausschluss gem. § 994 Abs. 1 S. 2 BGB**

Laut Sachverhalt ist eine neue Besohlung gewöhnlich nicht erforderlich, sodass der Ausschlussgrund nicht greift.

**V. Ergebnis**

A hat gegen D einen Anspruch auf EUR 50,00 aus §§ 994, 999 Abs. 2 BGB.

**C. Anspruch aus § 996 BGB bezüglich Bemalung**

A könnte einen Verwendungsersatzanspruch gegen D gem. §§ 996, 999 Abs. 2 BGB haben.

**I. Vindikationslage**

Eine Vindikationslage liegt vor.

**II. Nützliche Verwendungen**

Die Bemalung müsste eine nützliche Verwendung sein. Nützlich sind sie, wenn sie den Verkehrswert der Sache objektiv steigern. Die Stiefel sind durch die Bemalung verbessert worden und im Verkehrswert um EUR 60,00 gestiegen, dass D das Muster hässlich findet, ist unerheblich, da die objektive und nicht die subjektive Betrachtungsweise zählt. Die Bemalung ist eine nützliche Verwendung.

**III. Dauerhafte Wertsteigerung**

Der Anspruch ist auch nicht ausgeschlossen, da die Verkehrswertsteigerung auch noch zum Zeitpunkt des Erlangens durch D vorlag.

**IV. Ergebnis**

A hat gegen D einen Anspruch aus §§ 996, 999 Abs. 2 BGB

bezüglich der Bemalung in Höhe von EUR 60,00.

#### **D. Gesamtergebnis**

A hat gegen D einen Verwendungsersatzanspruch aus §§ 994, 999 Abs. 2 BGB bezüglich der Besohlung und aus §§ 996, 999 Abs. 2 BGB bezüglich der Bemalung.

#### ANMERKUNGEN

Die Klausurleistung wurde mit 17 Notenpunkten bewertet. Die Bearbeitung überzeugte. Der Verfasser erkennt alle zu prüfenden Anspruchsgrundlagen und prüft diese anhand der jeweiligen Voraussetzungen. Der Gutachtenstil gelingt. Es wurden lediglich Kleinigkeiten bemängelt, wie die kurze Begründung, weshalb ein Verkehrsgeschäft zu bejahen ist oder dass der Verwendungsersatz bezüglich der Bemalung nur EUR 30,00 beträgt.

## Herausforderungen und Chancen der Online-Lehre

Die Wenigsten von uns werden sich am Anfang des Jahres auch nur ansatzweise ausgemalt haben, mit welchen besonderen Herausforderungen wir uns in diesem Jahr konfrontiert sehen. Durch die Entwicklung der Corona-Pandemie mussten sich nicht nur die Studierenden, sondern auch die Fakultäten und Professor\*innen an die neue Situation anpassen. Neben dem Wegfall der Präsenzlehre und den damit verbundenen Konsequenzen mussten sich alle Beteiligten an die neue Situation gewöhnen und die damit vielleicht verbundenen Unannehmlichkeiten überwinden.

### Herausforderungen

Wie auch in anderen Bereichen waren die Auswirkungen der Corona-Krise für viele Studierende insbesondere finanziell eine Herausforderung.

Neben diesen materiellen Folgen sahen sich einige Studierende aber auch mit immateriellen Entbehrungen konfrontiert. Die anstehenden Auslandssemester wurden ausnahmslos abgesagt beziehungsweise in wenigen Ausnahmefällen verschoben. Aber auch geplante Praktika mussten vermehrt abgebrochen oder wenn überhaupt aus dem Homeoffice absolviert werden. Die dadurch entgangenen Erfahrungen sind für die Betroffenen nur schwer auszugleichen.

Die Universität fiel und fällt durch die teilweise anhaltenen Beschränkungen als Ort des persönlichen und fachlichen Austauschs zwischen Kommiliton\*innen aber auch zwischen Studierenden und Lehrenden weg. Dies erschwerte nicht nur die Kontaktaufnahme zu den Professor\*innen und AG-Leiter\*innen, sondern auch die Interaktion in den Veranstaltungen. Während sich im Zuge der Präsenzveranstaltungen noch zusehends Studierende aktiv beteiligten, war die Beteiligung nach Rückmeldung vieler Professor\*innen eher spärlich gesät.

Nicht nur aus diesen Gründen ist es wohl in unser aller Interesse, dass eine Rückkehr zur Präsenzlehre so schnell wie möglich vonstattengeht. Trotz allem dürfte man aber auch nicht die damit einhergehenden Risiken unterschätzen. So führte auch Hochschulverband-Präsident Prof. Dr.

Kempen von der Universität zu Köln aus, dass eine Rückkehr zur Präsenzlehre eine hohe Priorität genießen müsse; allerdings dürfe dies nicht zu einem „überstürzten Handeln“ führen.<sup>1</sup>

Die wohl größte Herausforderung, der sich insbesondere die Fakultäten und Professor\*innen gegenübersehen, bezog sich allerdings auf die Umsetzung und Gestaltung einer „digitalen Lehre“. Es mussten nicht nur innerhalb weniger Wochen neue Konzepte und Formate erstellt werden, sondern auch technische Probleme während der Veranstaltungen akut behoben werden. Dies besorgte so manch einer Fakultät wahrscheinlich die ein oder andere unruhige Minute; jedoch war das Feedback der Studierenden im Großen und Ganzen überwiegend positiv, sodass man den Fakultäten zu dem Erfindungsreichtum und der Flexibilität gratulieren kann.

### Positive Lehren aus dem vergangenen Semester

Keinesfalls möchte ich diesen Beitrag aber nutzen, um die negativen Folgen der coronabedingten digitalen Lehre zu unterstreichen. Vielmehr sollen im Folgenden die positiven Aspekte und Lehren des vergangenen Semesters in den Vordergrund gerückt werden.

Trat die Digitalisierung gerade im rechtswissenschaftlichen Bereich in den letzten Jahren und Jahrzehnten vermehrt auf der Stelle, so wurden Online-Lehre, die digitale Bearbeitung von Klausuren sowie die Kommunikation mittels Online-Tools in diesem Semester zwangsläufig zur „Normalität“. Inwiefern eine solche Normalität erstrebenswert ist, wird sich vermutlich erst in einigen Monaten und Jahren zeigen. Jedoch bringt diese erzwungene „Digitalisierungsspritze“ auch neuen Wind in die allgemeine Diskussion um eine stärkere Digitalisierung im Studium und in den Examensprüfungen, was im Ergebnis zu begrüßen ist. Insbesondere kann vermehrte Digitalisierung zu neuer Vielseitigkeit und nicht gekannten Freiheiten im Studium führen.

<sup>1</sup> Suliak, Ein massiver Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit, <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/corona-universitaeten-hochschulen-lockerung-praesenz-lehre-digital-bonus-lockdown-examen/> (Abruf v. 24.08.2020).

## Möglichkeiten, der ungewohnten Situation zu begegnen

### 1. Schafft Euch eine künstliche Normalität

Eine gute Möglichkeit, um trotz der ungewöhnlichen Situation nicht den Fokus zu verlieren, besteht in der Etablierung einer „künstlichen Normalität“. Prof. Dr. Lorenz von der LMU München startet seine Arbeitstage in letzter Zeit beispielsweise damit, dass er sich anzieht, seine Sachen zusammenpackt und anschließend eine Runde um sein Haus geht. Damit signalisiert er seinem Körper, dass der Arbeitstag beginnt, sobald er wieder zur Tür hereinkommt. Ob es tatsächlich erforderlich ist, seinen Tag mit einem Spaziergang durch die Nachbarschaft zu beginnen, kann wahrscheinlich Gegenstand ausgiebiger Diskussionen sein – dies soll an dieser Stelle aber nicht weiter thematisiert werden.

Nichtsdestoweniger ist der dahinterstehende Nutzen nicht von der Hand zu weisen. Natürlich kann man sich die morgendliche Vorlesung auch aus dem Bett anschauen; allerdings ist die Wahrscheinlichkeit der Mitarbeit in diesem Fall wohl verschwindend gering.

Der zweite Punkt, der euch dabei unterstützt, eine – wenn auch künstliche – Normalität beizubehalten, ist die Etablierung eines „Alltages“. Sofern jeder Tag ähnlich durchstrukturiert ist, fällt es den meisten Studierenden deutlich leichter, die erforderliche Disziplin aufzubringen.

### 2. Erstellt Euch einen Plan

Daran anschließend ist es sehr hilfreich, sich Pläne zu erstellen. Diese können grob in Semester-, Monats-, Wochen- und Tagespläne unterteilt werden. Hintergrund dieser Pläne ist es, das Ziel auch ohne Präsenzveranstaltungen nicht aus den Augen zu verlieren. Gerade im Zuge der Examensvorbereitung, aber auch in den früheren Semestern ist es sinnvoll, sich den zu lernenden Stoff über das Semester in Blöcke einzuteilen. Diese Blöcke könnt Ihr Euch anhand Eurer unterschiedlichen Pläne dann bis ins Kleinste aufdröseln.

Dieses Vorgehen hat gleich mehrere Vorteile. Einerseits verliert Ihr nicht so sehr den Fokus und andererseits hilft Euch ein strukturierter Wochen- und Tagesplan dabei, die eben angesprochene „künstliche Normalität“ aufrecht zu erhalten.

Eine anschauliche Anleitung zur Erstellung von Lernplänen findet ihr beispielsweise auf *Jura-Online*<sup>2</sup>, *Jura-Individuell*<sup>3</sup> sowie auf den Websites einiger Juristischer Fakultäten.

Allerdings kann in diesem Zusammenhang auch der Blick in die einschlägigen Normen der *Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen* (allen voran § 16 NJAVO) nicht schaden.

### 3. Nutzt die gewonnene Zeit und Freiheit

Der womöglich größte Mehrwert der digitalen Lehre besteht aber in der neugewonnenen Flexibilität. Aufgrund der Tatsache, dass die Lehrformate in diesem Semester online stattgefunden haben, könnt Ihr den Vorlesungen von zu Hause, aus der Heimat oder aus dem Urlaub folgen, ohne wichtige Inhalte zu verpassen. Außerdem spart Ihr den Weg zur Universität. Nutzt diese zusätzliche Zeit, um neue Dinge ausprobieren oder Euch fast vergessenen Hobbys endlich mal wieder zu widmen.

### 4. Vergleicht digitale Formate

Fast schon einmalige Möglichkeiten offenbaren sich im Zuge des Online-Semesters auch bezüglich des Zugangs zu Unterlagen und Vorlesungen anderer Fakultäten. Natürlich ist es sinnvoll, die Vorlesungen der fakultätseigenen Professor\*innen zu besuchen, da diese am Ende des Semesters auch die Klausuren stellen. Nichtsdestotrotz mag es Situationen geben, in denen Ihr euch vergleichend die zur Verfügung gestellten Angebote anderer Fakultäten anschauen wollt. Sei es, weil Ihr einem anderen Vortragsstil besser folgen könnt, oder weil Ihr eine andere Schwerpunktsetzung präferiert.

Der Bundesverband rechtswissenschaftlicher Fachschaften e.V. (BRF) hat für Studierende eine Auflistung aller frei zugänglicher Angebote digitaler Lehre zusammengestellt.<sup>4</sup> Diese sehr anschauliche und strukturierte Auflistung ist auf jeden Fall einen Besuch wert.

### 5. Nutzt digitale Angebote

Doch nicht nur in Bezug auf die digitale Lehre hat das vergangene Semester Einfluss genommen. Auch in unserem persönlichen Verständnis von digitaler Kommunikation hat sich eine Menge getan. Wem ich zu Beginn des Jahres

<sup>2</sup> [https://jura-online.de/blog/2014/02/06/anleitung-zur-erstellung-eines-lernplans/#:~:text=Wenn%20Du%20einen%20Lernplan%20erstellen,Öffentliches%20Recht%20und%20Strafrecht\)%20auswählen](https://jura-online.de/blog/2014/02/06/anleitung-zur-erstellung-eines-lernplans/#:~:text=Wenn%20Du%20einen%20Lernplan%20erstellen,Öffentliches%20Recht%20und%20Strafrecht)%20auswählen) (Abruf v. 24.08.2020).

<sup>3</sup> Meyer-Kretschmer, <http://www.juraindividuell.de/blog/der-lernplan-baukasten-fuer-die-examensvorbereitung/> (Abruf v. 24.08.2020).

<sup>4</sup> <https://bundesfachschaft.de/themen/selbststudium/> (Abruf v. 24.08.2020).

erzählt hätte, dass man sich ja auch über digitale Angebote mit Freunden treffen oder sogar feiern gehen könnte, der hätte mich wahrscheinlich nur schief angeschaut.

Doch heute wissen wir alle nicht nur, dass es möglich ist, vielmehr haben viele von uns diese Angebote in den vergangenen Monaten auch tatsächlich wahrgenommen. Programme wie Zoom, Skype, Slack und Co. sind heutzutage in aller Munde und erfreuen sich einer noch nie da gewesenen Beliebtheit. Diese Tools kann man natürlich nicht nur in seiner Freizeit nutzen, sondern auch im universitären Zusammenhang. Eine digitale Lerngruppe kann man ähnlich produktiv – wenn nicht gar produktiver – gestalten, als die analoge Variante. Das bringt Euch neben dem fachlichen Mehrwert auch die Möglichkeit, Euch regelmäßig mit Kommiliton\*innen zu treffen, unabhängig davon, ob ihr gerade in Hannover, München oder auf Kreta seid.

#### **Was erwartet uns im kommenden Semester?**

Nach den aktuellen Prognosen wird wohl auch das kommende Semester weit überwiegend im Rahmen von Online-Veranstaltungen stattfinden. Weiteres bleibt abzuwarten.

Doch wie bereits gezeigt hat das für Euch nicht nur Nachteile, sondern offenbart auch eine Vielzahl an Möglichkeiten und Chancen. Ich kann Euch nur den Rat geben, Euch mit Eurem Studiengang sowie –alltag zu beschäftigen. Schaut dabei aber auch mal über den Tellerrand des materiellen Wissens hinaus. Am Ende kommt es nicht darauf an, diese Zeit irgendwie zu überstehen, sondern die Möglichkeit wahrzunehmen, *das Beste für Euch und Euer Studium aus der Situation herauszuholen.*

## Kann Sport die Examensvorbereitung bereichern? Oder: Examensvorbereitung und zwölf Stunden am Schreibtisch – tatsächlich unzertrennlich?

„Also ich saß damals jeden Tag von 8 bis 20 Uhr in der Bib.“

Wer examinierte, erfolgreiche Juristen<sup>1</sup> nach ihren Lernstrategien und -plänen in der Examensvorbereitung fragt, erhält nicht selten solche Antworten. Und ich muss ehrlich sein – innerlich fiel mir jedes Mal die Kinnlade herunter. Zwölf Stunden lernen pro Tag? Am Schreibtisch sitzen, ohne jegliche Abwechslung oder Bewegung? Das klingt schon nach ein bisschen viel. Aber ich kam ziemlich schnell zu dem Schluss: Wenn die das so gemacht haben und ich erfolgreich sein will, muss ich das wohl auch so machen.

Zu Anfang des Studiums habe ich daher weitgehend auf Sport verzichtet, um mehr lernen zu können und mich, wie es scheinbar erwartet wurde, bis 20 Uhr in den Büchern zu wälzen. Ich saß so lange am Schreibtisch wie nie zuvor, ging über meine Grenzen hinaus und zwang mich zu dem vermeintlich einzig richtigen Weg, und gleichzeitig in ein Korsett, das mir nicht zu passen schien. Obwohl ich mehr lernte, als ich es gewohnt war, fühlte ich mich gleichzeitig so faul wie sonst nie.

Aber ein erfolgreicher Lerntag sieht doch *nur* so aus – oder? Sonst kommt das schlechte Gewissen, der Vergleich zu den Kommilitonen: Die anderen machen viel mehr als ich! Verbunden damit ist der Druck, mindestens so viel machen zu müssen wie die anderen, wenn nicht sogar mehr. Denn wenn man davon nachlässigerweise Abstand nimmt und die Ergebnisse dann nicht stimmen, könnte ja ein „*Ich habe es dir doch gesagt!*“ die Folge sein.

Die Ergebnisse dieses Wegs waren in meinem Fall auch tatsächlich mehr als zufriedenstellend. Logisch, Fleiß zahlt sich (normalerweise) aus.

Aber mir wurde schnell klar, dass ich diesen Lebensstil als jemand, der sein ganzes Leben schon Sport getrieben hatte, nicht lange durchhalten konnte. Irgendwann zog es mich wieder ins Fitnessstudio. Regelmäßige Sporteinhei-

ten kehrten zurück in meinen Alltag, die Zeit am Schreibtisch wurde kürzer.

Und die Ergebnisse? Überraschenderweise noch besser. Heißt das also: mehr Bewegung gleich effektiveres Lernen gleich bessere Noten?

Das mag nun im ersten Moment wie schlechte Werbung klingen, um sich mehr zu bewegen und einen sogenannten „*gesunden Lifestyle*“ zu führen. Aber darum geht es mir gar nicht. Wenn Ihr gerne und gut zwölf Stunden in der Bib verbringt, mit der Nase vertieft in juristischen Fachbüchern, dann habe ich wirklich den größten Respekt und kann nur sagen: Weiter so!

Aber vielleicht geht es dem einen oder anderen wie mir – und das einzige, was vom Sport oder von der Bewegung abhält, ist das schlechte Gewissen, das sich anschleicht, wenn man vier Stunden früher als die Kommilitonen aus der Bib geht, um es doch noch zum Training um 18 Uhr zu schaffen. Und wenn es so ist, dann hoffe ich, das schlechte Gewissen ausräumen zu können. Mit einer Erklärung dafür, wieso Bewegung vielleicht sogar zu einer effektiveren Gestaltung der Lernzeit führen kann und wie mit weniger Lernzeit trotzdem gute Studienergebnisse erzielt werden können.

### **Wie Bewegung uns konzentrierter macht**

Das Wichtigste vorweg:

„*Häufigere, sportliche Betätigung ist nicht mit schlechteren, sondern mit tendenziell besseren schulisch-akademischen Leistungen verbunden.*“<sup>2</sup>

Studien zu diesem Thema zufolge ergebe sich eine signifikante Verbesserung der kognitiven Leistung durch sportliche Aktivität sowie allgemein verbesserte Testergebnisse.<sup>3</sup> Wenn man sich bewegt, verändert sich die Gehirnaktivität. Der sogenannte motorische Kortex, die Steuerzentrale für

<sup>1</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt; nichtsdestoweniger beziehen sich jegliche Angaben auf Angehörige aller Geschlechter.

<sup>2</sup> Bundesamt für Sport, Bundesamt für Gesundheit et al., Fakten zur gesundheitlichen Bedeutung von Bewegung und Sport im Jugendalter, SGSM 1999, 175 (176).

<sup>3</sup> Ebd.; s. auch Merlot, Spiegel Online, <https://www.spiegel.de/gesundheit/ernaehrung/schulleistungen-bewegung-foerdert-geistige-entwicklung-von-kindern-a-929198.html> (Abruf v. 12.07.2020).

Bewegungen und Koordination, werde aktiviert, während gleichzeitig der präfrontale Kortex, der für logisches Denken und Planen zuständig ist, heruntergefahren werde.<sup>4</sup> Man bekommt wortwörtlich *den Kopf frei*. Und wenn man wohl eins für das Examen braucht, dann ist es Platz für Definitionen im Strafrecht oder für Schemata der verschiedenen möglichen Klagen vor dem Bundesverfassungsgericht.

Zurückgeführt werden die positiven Effekte unter anderem auf eine vermeintliche dauerhafte Beeinflussung des Hormonhaushalts durch regelmäßige Bewegung.<sup>5</sup> So führe diese zu einem langsameren Abbau von Dopamin, welches nicht nur ein Stimmungsaufheller ist, sondern auch für kognitive Prozesse im präfrontalen Kortex gebraucht wird.<sup>6</sup> So könnten Aufmerksamkeit und Konzentration zunehmen und konsequenterweise (auch kürzere) Zeiten am Schreibtisch effektiver genutzt werden.

### Ein anpassungsfähigeres Gehirn?

So doof es klingen mag, die positiven Auswirkungen körperlicher Aktivität werden andererseits auch auf vermehrte Formbarkeit, also Plastizität des Gehirns zurückgeführt. Der Körper setze dabei Neurotrophine frei, die der Körper braucht, um Nervenzellen zu bilden und neue Verbindungen zwischen bestehenden Nervenzellen zu knüpfen.<sup>7</sup> Je mehr davon im Blut vorhanden sind, desto größer sei der Hippocampus im Gehirn, welcher beim Lernen oder wenn wir uns an etwas erinnern, aktiv ist.<sup>8</sup> Das Gehirn könnte durch Bewegung also *wachsen*, neue Nervenzellen könnten beim Lernen für leichtere Verknüpfungen von Wissen sorgen.

### Also macht Sport mich schlauer?

Was nun genau und ob Sport überhaupt der Grund für bessere Konzentration und erhöhte kognitive Fähigkeiten ist, lässt sich tatsächlich nicht endgültig klären,<sup>9</sup> und zu tief möchte ich an dieser Stelle nicht in diese, wenn auch spannende, Materie eindringen.

Aber Fakt ist und bleibt, dass Bewegung *keinerlei* negative Effekte,<sup>10</sup> sondern tendenziell eher überraschend positive Auswirkungen auf die Gehirnaktivität hat. Folgerichtig

kann die kürzere Zeit am Schreibtisch durch das Training effektiver genutzt werden. Letztlich kann die Sporteinheit die Lerntage also sogar produktiver werden lassen. Durch Bewegung und Sport, gleich welcher Art, kann man das Gehirn beim Lernen unterstützen. Man bekommt den Kopf frei und baut Stress ab, von welchem man in der Examensvorbereitung wohl genug hat. Die Durchblutung des Gehirns wird gefördert und bestehendes Wissen kann gefestigt werden.<sup>11</sup>

Und so gibt es keinesfalls die eine richtige Art, zu lernen und seinen Lerntag zu gestalten, um das allseits ersehnte Prädikat zu erreichen.

Falls Ihr von Euch wisst, dass Ihr Sport liebt und braucht, dann legt bitte das schlechte Gewissen ab und *enjoy your workout*. Und falls Ihr gerade im Zwölf-Stunden-Sechstage-Die-Woche-Rhythmus steckt, Ihr aber am Ende das Gefühl habt, in der Woche nichts geschafft zu haben, dann *feel free*, Bewegung in Euren Alltag einzubauen. Es braucht nicht mal ein *High-Intensity-Interval-Training* zu sein; häufig genügt ein Spaziergang an der frischen Luft nach der Mittagspause. Und vielleicht ist es genau das, was Euer Gehirn zum Lernen benötigt, *who knows*.

Jedenfalls sind Examensvorbereitung und zwölf Stunden am Schreibtisch alles andere als unzertrennlich – denn den „einen Weg“ zum 12-Punkte-Examen gibt es nicht.

<sup>4</sup> Klöckner, Zeit Online, <https://www.zeit.de/zeit-wissen/2014/02/sport-bewegung-gesundheit-therapie/seite-3> (Abruf v. 12.07.2020).

<sup>5</sup> Ebd.

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> Ebd.

<sup>8</sup> Ebd.

<sup>9</sup> Donnelly JE et al., Physical Activity, Fitness, Cognitive Function, and Academic Achievement in Children: A Systematic Review, *Medicine & Science in Sports & Exercise* 2016, 1197; Klöckner, Zeit Online (Fn. 4).

<sup>10</sup> Donnelly JE et al. (Fn. 9), *Medicine & Science in Sports & Exercise* 2016, 1197.

<sup>11</sup> Merlot, Spiegel Online (Fn. 3).

# HANOVER LAW REVIEW

z. Hd. des Vereinsvorstands

Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

## **Vereinsmitgliedsantrag - Hanover Law Review e.V.**

*lernen, lehren und veröffentlichen*

Der Herausgeber der studentischen Ausbildungszeitschrift Hanover Law Review ist der gleichnamige, gemeinnützige Verein.

Alle Mitgliedsbeiträge und Spenden werden ausschließlich für die Produktion und Verteilung der Zeitschrift aufgewandt. Unser Ziel ist es, die Zeitschrift weiterhin kostenfrei verteilen zu können. Dazu brauchen wir nicht nur ideelle Unterstützung (Beiträge) sondern auch ein wenig materielle Hilfe. Wenn Dir die Idee und die Zeitschrift gefallen, dann mach mit! Hilf uns, arbeite mit oder leiste einen finanziellen Beitrag.

Mit der Angabe meiner Daten willige ich in die Erhebung, Speicherung sowie notwendige Übermittlung durch den Vereinsvorstand ein. Der Verein wird meine Daten nur zu internen Erhebungszwecken, Einladungen zu Mitgliederversammlungen und zur Weitergabe an die jeweiligen SEPA-Dienstleister verwenden. Ungewollte Werbezusendungen oder eine Datenweitergabe an Dritte erfolgen nicht. Meine Einwilligung ist jederzeit widerrufbar, zum Beispiel durch eine Mail an [redaktion@hanoverlawreview](mailto:redaktion@hanoverlawreview), auch besteht ein jederzeitiges Auskunftsrecht, das ich unter gleicher Adresse wahrnehmen kann.

Ich beantrage die Vereinsmitgliedschaft beim Hanover Law Review e.V., VR-Nummer 202863, Satzung und Geschäftsordnung habe ich, zum Beispiel auf [www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de), zur Kenntnis genommen.

Anrede \_\_\_\_\_ Akad. Titel \_\_\_\_\_ Titel \_\_\_\_\_

Vorname \_\_\_\_\_ Name \_\_\_\_\_

Mailadresse \_\_\_\_\_

Straße \_\_\_\_\_

Postleitzahl \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Unterschrift, Ort und Datum

**Möglichkeiten der Partizipation an der Zeitschrift:**

- Ich interessiere mich für die Mitarbeit in der Redaktion und möchte die Arbeit der Hanover Law Review aktiv mitgestalten.
- Ich interessiere mich für die Autorenschaft an einem einzelnen oder mehreren Beiträgen, ohne jedoch selbst aktiv in der Redaktion mitarbeiten zu müssen.
- Ich möchte lediglich über die Arbeit der Zeitschrift auf dem Laufenden gehalten werden und unterstütze die Zeitschrift ausschließlich finanziell.

**Sepa-Mandat:**

Ich ermächtige den Hanover Law Review e.V., Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, Postfach 32, vertreten durch den Vereinsvorstand, GläubigerID: DE1ZZZ00002067216 **wiederkehrende Belastungen in Höhe von 10,00 €/halbjährlich**, Einzug nach Ankündigung am letzten Bankarbeitstag im Juni und Dezember auf untenstehendem Konto mittels Lastschrift anzuweisen. Mir ist bekannt, dass ich binnen 8 Wochen, beginnend mit dem Belastungsdatum, die Erstattung des belasteten Betrages verlangen kann.

**SEPA- Mandat: Zahlungspflichtiger (Kontoinhaber)**

Vorname \_\_\_\_\_ Name \_\_\_\_\_

Straße und Hausnummer

Postleitzahl \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

IBAN des Zahlungspflichtigen (max. 34 Stellen)

BIC des Zahlungspflichtigen (8 oder 11 Stellen)

Ort und Datum, Unterschrift des Zahlungspflichtigen (Kontoinhaber)

Mandatsreferenz (wird vom Gläubiger eingetragen):



# Tipps und Tricks direkt von Insidern:

- Abenteuer Referendariat
- Steuertipps für Studenten

MLP veranstaltet seit mehreren Jahren in Kooperation mit der juristischen Fakultät sowie verschiedenen Kanzleien kostenfreie Workshops für Studenten der Leibniz Universität Hannover.

[www.hannover-absolventen.de](http://www.hannover-absolventen.de)

Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit:

Luther.

AIESEC

mtp

MARKET ► TEAM

VDSI

BDSU

elsa

The European Law Students' Association

Jur|SERVICE

H		L
P		

HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE

MLP



# HANOVER LAW REVIEW